Volumen VIII, Núm. 1
Mayo 2021
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW





USFQ LAW REVIEW

Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021



USFQ LAW REVIEW
ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
http://lawreview.usfq.edu.ec
Quito, Ecuador

Volumen VIII, Número 1, mayo 2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i1

EQUIPO EDITORIAL

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Octavio Peláez
Diseño general y de cubierta: Ricardo Vásquez
Webmaster: Jaime Páez



USFQ PRESS / *USFQ Law Review*
Att. Manuela Cárdenas Cifuentes y Paola Gaibor Arteaga, Editoras en Jefe
Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Presentación de la Revista

USFQ Law Review es una revista jurídica, académica, arbitrada e indexada, con apertura autoral y de publicación bianual desde septiembre de 2020 con el primer número de este volumen publicado en mayo, y el segundo en octubre de 2021.

Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil. Desde entonces, es la primera publicación jurídica periódica en Ecuador íntegramente desarrollada, administrada y editada por estudiantes de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

Su objetivo es brindar un espacio para que expertos nacionales e internacionales en diversas áreas del Derecho, como estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen distintas perspectivas y opiniones críticas, sobre temas jurídicos de actual relevancia. Además, busca ser una fuente de investigación por su contenido de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y en toda la región, respondiendo a las necesidades de la comunidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. Desde septiembre de 2020, la publicación cambió de anual a bianual, con un lanzamiento electrónico en mayo, y la publicación de los dos números en versión digital e impresa en octubre. A la fecha se han publicado siete volúmenes en ocho números.

Actualmente, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura–AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de sus prioridades es brindar libre acceso a sus contenidos y dar el mayor alcance a los productos científicos de los autores que han depositado su confianza en la revista. Por esta razón, mantiene una política de apertura autoral, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y están publicados bajo la política de acceso libre de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Estos contenidos se encuentran disponibles en diversidad de medios digitales y físicos. En cuanto a los digitales, se accede

a ellos mediante: Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Respecto al acceso físico, anualmente se imprimen y difunden a nivel nacional e internacional en promedio 400 ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas.

La revista recibe asistencia técnica de la institución editora, la Universidad San Francisco de Quito, a través de su departamento editorial USFQ Press. Adicionalmente, se financia mediante el apoyo de auspiciante, quienes contribuyen activa y continuamente. Finalmente, cuenta con el respaldo público de alianzas institucionales.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, invitamos a visitar nuestro sitio web oficial, redes académicas, profesionales y sociales; y, a contactarnos mediante nuestro correo electrónico.

Sitio web: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview

Equipo Editorial
USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito

Presentación del Volumen

A nombre del Equipo Editorial de *USFQ Law Review*, ponemos a su disposición el Primer Número del VIII Volumen de nuestra revista. Desde la fundación de la revista nueve años atrás, cada uno de los integrantes del Comité Editorial ha procurado mantener la misión y visión de sus antecesores, trabajando para que la revista siga posicionándose como una fuente de consulta académica a nivel nacional e internacional.

En esta oportunidad, tenemos el agrado de presentar, por primera vez desde hace siete años, la primera publicación de un Volumen que se compondrá de dos números. Lo expuesto se ha materializado con la implementación de un régimen de publicación bianual, el cual permite que los artículos sean publicados con mayor celeridad, ajustándose a las exigencias de las bases de datos más prestigiosas a nivel internacional. El presente número se compone de doce artículos que reflejan los ideales que inspiraron la fundación de la revista. Cada uno de los trabajos son grandes aportes a la comunidad académica, que plantean distintas perspectivas y opiniones críticas sobre diversas áreas del Derecho, en temas jurídicos de relevancia, fomentando la discusión jurídica en la región.

Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla, debido a la emergencia sanitaria que ha afligido al mundo entero, efectúa un análisis, desde la perspectiva del derecho comparado, de la disposición interpretativa del caso fortuito o fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Por otra parte, Marcela Natalia Cervantes Armijos, expone un estudio respecto a la naturaleza de la responsabilidad cuasicontractual en Ecuador, a efecto de determinar el régimen aplicable a la hipótesis de daños derivados del incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales.

Matheus Thiago Carvalho Mendonça y Lucas Oliveira Vianna analizan el Estado de Derecho, en base a la legislación brasileña, y la postura y protección de éste sobre la religión. En materia de Derecho Internacional Humanitario, María Camila Manotas Valdés e Irina Burgaentzle Jarrín, realizan un importante estudio sobre la aplicación de los Principios Rectores del Derecho Internacional Humanitario en el desarrollo de las guerras cibernéticas.

Cristina Alexandra Pazmiño Carrera examina la facultad de selección y revisión de la Corte Constitucional y determina su alcance, con el fin de establecer si ha existido una desnaturalización de la misma. A continuación, Martín

Cordovéz Aguas, Miguel Ángel Villegas Pérez y Rafaella Romo-Leroux Chacón presentan un análisis de las dicotomías existentes entre la justicia indígena y la ordinaria, a partir de un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos.

Ana Paula Flores Larrea, Iván Andrés Izquierdo Izquierdo y Felipe Andrés Guzmán Burbano, en materia de responsabilidad civil, estudian el alcance del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pretendiendo establecer si este es un principio general o un deber jurídico. Por su parte, Felipe Nicolás Roldán Carrillo se enfoca en explicar los principios de consentimiento del titular y finalidad del tratamiento de datos, con la intención de determinar qué estándar de protección se busca implementar en el derecho de protección de datos personales en la legislación ecuatoriana.

En materia de Derecho Penal, María José León Landázuri analiza las lesiones estéticas en el rostro como agravante del delito de lesiones en el contexto de la violencia contra la mujer. En la misma área del derecho, Juan Nicolás Cevallos Vallejo y Kenny Jossue Espín Duque examinan la intervención de los sujetos privados en el delito de peculado.

Xavier Palacios Abad, en materia de Derecho Constitucional, presenta una valiosa propuesta de estudio sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución, principalmente respecto a la posibilidad de que el Estado acuda a arbitraje internacional en controversias contractuales o comerciales y de inversión. Por último, Gabriel Santiago Vela Rubio en el marco del fútbol profesional en Ecuador examina el arbitraje obligatorio ante el Tribunal Arbitral del Deporte, sobre la base del consentimiento como requisito esencial para el sometimiento a un mecanismo alternativo y voluntario de solución de controversias.

Extendemos nuestro más sincero agradecimiento a los estudiantes y profesionales del derecho que contribuyeron a este Primer Número de la revista en calidad de articulistas. Esta iniciativa es posible gracias a la labor de los articulistas, que se encuentran comprometidos con aportar al desarrollo de la investigación jurídica en el Ecuador. Así mismo, reconocemos el valioso esfuerzo, dedicación y trabajo del Comité Editorial para llevar adelante cada una de las fases del proceso editorial con minuciosidad, con el fin de tener un producto como el que tenemos el agrado de presentar el día de hoy. Agradecemos, de igual forma, a los auspiciantes de este volumen pues, a través de su contribución, fomentan el desarrollo de la academia en la comunidad jurídica. Finalmente, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, que permite la generación de espacios

de discusión jurídica e impulsa a sus estudiantes a involucrarse en proyectos académicos.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el presente, correspondiente al Primer Número del año 2021, sea de su agrado.

Quito, mayo 2021

Manuela Cárdenas Cifuentes
Editora en Jefe

Paola Gaibor Arteaga
Editora en Jefe

Índice

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



¿Es insuficiente la disposición interpretativa del caso fortuito o fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario? Un análisis desde el Derecho comparado con ocasión del Covid-19

¿Is the interpretative provision for fortuitous event or force majeure insufficient regarding the termination of the employment contract in the Organic Law of Humanitarian Support? An analysis from Comparative Law on the occasion of Covid-19

Gabriel Eduardo Almeida Vintimilla*

Recibido / Received: 7/10/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2024

Citación:
Almeida Vintimilla, G.E. «¿Es insuficiente la disposición interpretativa del caso fortuito o fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario? Un análisis desde el Derecho comparado con ocasión del Covid-19». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 1 - 25, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2024

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: gabriel.almeida2695@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6561-6135

Resumen

Dentro de las varias medidas emergentes emitidas en el Ecuador a partir de la declaratoria del Covid-19 como pandemia, consta la disposición interpretativa a la causal de fuerza mayor o caso fortuito, para la terminación de los contratos individuales de trabajo; con la reciente entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (en adelante LOAH). La disposición interpretativa consiste en establecer un único parámetro de aplicación de dicha causal, relativo a una situación de imposibilidad absoluta o cese definitivo de la actividad productiva del empleador. El presente artículo busca identificar los principales presupuestos fácticos y jurídicos que dicha disposición ha ignorado y que, por otro lado, han sido considerados y desarrollados en el Derecho Iberoamericano Comparado que –por esencia– deberían también serle inherentes. De igual manera, el presente artículo pretende exponer las limitaciones y falencias normativas existentes en el sistema laboral ecuatoriano, tanto en lo subjetivo como en lo procedimental de la norma, cuestión que tampoco ha sido suficientemente solucionada por dicho cuerpo normativo. Finalmente, se expondrá la necesidad de incorporar la teoría de la responsabilidad civil subjetiva y objetiva, respecto a la imputabilidad del empleador en la ecuación determinativa de la causal en referencia. Todo lo cual resulta aún más necesario por el creciente número de terminaciones contractuales y despidos, en medio de una situación crítica como la actual pandemia.

Palabras clave

Caso fortuito; fuerza mayor; derecho laboral; LOAH, derecho iberoamericano; invocación injustificada; imputabilidad empleador; responsabilidad laboral.

Abstract

Within the several emerging measures issued in Ecuador, since the declaration of Covid-19 as a worldwide pandemic, there is an interpretative provision rule for fortuitous event and force majeure, in order to regulate its application regarding the termination of individual employment contracts, according to the recent entry into force of the Organic Law of Humanitarian Support. The interpretative provision establishes a single application parameter for this causal, based on a situation of absolute impossibility or definitive cessation of the productive activity of the employer. This article seeks to identify the main factual and legal assumptions that this provision has ignored, in comparison with those that have indeed been considered and developed in Ibero-American Comparative Law; assumptions that in essence, should also be inherent to said provision. At the same time, this article pretends to expose the limitations and normative flaws existing in the Ecuadorian labor system, both subjective and procedural in the norm. which in conclusion will demonstrate that all the normative and regulatory shortcomings have not been sufficiently solved by said Humanitarian Support Law. Finally, this article will

attempt to demonstrate the need to incorporate the theories of subjective and objective civil liability, regarding the imputability of the employer in the determinative equation of the factual and legal assumptions of the causal in reference. All of which, becomes even more necessary, due to the increasing number of contractual terminations and dismissals, in the midst of a critical situation such as the current pandemic.

Keywords

Fortuitous event; force majeure; labor matters; cause for termination of employment contract; Ecuadorian Organic Law of Humanitarian Support; Ibero-American Comparative Law

1. Introducción

El Código de Trabajo ecuatoriano (en adelante CT), determina, en el numeral 6 de su artículo 169[1] al caso fortuito o fuerza mayor como una causal de terminación de la relación laboral por eventos específicos como: incendios, terremotos, tempestades, explosiones, plagas de campo y guerra; o a modo general, por cualquier otro acontecimiento extraordinario que las partes contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar.[2] Por otro lado, el Código Civil ecuatoriano (en adelante CC), en su artículo 30[3], determina a la fuerza mayor y el caso fortuito como aquel evento imprevisto que no es posible resistir y prescribe algunos ejemplos adicionales como: un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina han desarrollado los elementos que componen al caso fortuito y la fuerza mayor. En primer lugar, está la imprevisibilidad, misma que alude a la idoneidad del agente para anticipar los efectos de un suceso dañoso que impide o impedirá el cumplimiento de la obligación contractual. Por lo tanto, una situación imprevisible tendrá lugar cuando la posibilidad de su accionante supera la aptitud moral y previsión que se debe exigir al deudor de una obligación, que en el ámbito civil contractual es la del hombre común.[4] Por otro lado, se contempla a la irresistibilidad. La jurisprudencia la determina como un hecho inevitable provocado por la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción de un acontecimiento dañoso o lesivo, para lo cual se evaluarán las condiciones

1 Artículo 169 numeral 6, Código de Trabajo [CT], R.O. Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

2 Jorge Vásquez López, *Derecho Laboral Ecuatoriano* (Quito: Editorial Colección Libertad, 2009), 202.

3 Artículo 30, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 96 de 8 de julio de 2019.

4 Causa No. 17321-2007-0264 (No. 462-1999 previo al resorteo de causas), Corte Nacional de Justicia (ex Corte Suprema de Justicia), Sala de lo Civil y Mercantil, 12 de noviembre de 2007, 3395.

de idoneidad del agente, sus cualidades y posibilidades reales y posibles de impedir consecuencias dañosas.[5] Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana en materia mercantil, ha destacado la importancia de añadir a los elementos referidos una característica de relatividad, con base en la cual dichos elementos deben estar revestidos.

En tal virtud, la imprevisibilidad y la irresistibilidad de un hecho dependen de las personas y muchas veces de su profesión, es decir, lo que es imprevisible para unos no lo será para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte. Lo mismo podría decirse de la irresistibilidad, respecto de la posibilidad del agente para evitar un daño ya previsto, mediante medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos en determinada materia o área de especialidad.[6]

Así, la jurisprudencia ha sido concordante en que, la unión copulativa y relativa de estos elementos, provocará la terminación de un contrato, siempre que produzca imposibilidad jurídica o física de ejecutar la prestación debida.[7] Este criterio, propio del ámbito civil, parece ser el que se encuentra detrás del ideal que el legislador ecuatoriano ha pretendido incorporar en la LOAH para el tratamiento de la causal en estudio en el ámbito laboral.

En materia laboral, el desarrollo jurisprudencial de la causal en estudio ha sido un tanto escueto. Sin embargo, dentro de un caso relativo al de cierre de empresa, la Sala que lo conoció determinó que dicho evento no constituye fuerza mayor ni caso fortuito, pues el mismo resultó atribuible a la negligencia del empleador por haber incumplido previamente sus obligaciones fiscales. En dicho caso, la causal en referencia perdió todo sustento jurídico por verificarse la negligencia previa del empleador.[8]

Dentro de la normativa nacional de jerarquía infra legal, son destacables dos acuerdos ministeriales emitidos por el Ministerio de Trabajo que cobraron especial relevancia a partir de la declaratoria de estado de excepción en el territorio nacional por la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del Covid-19.[9] En primer lugar, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077[10] que tuvo por objeto preservar las fuentes de trabajo, evitar despidos y fomentar el acuerdo entre las partes, determinó algunas medidas emergentes a la jornada laboral tales como: reducción, modificación y suspensión. De igual manera, implementó el teletrabajo como modalidad alternativa cuando fuere

5 *Id.*
6 Corte Nacional de Justicia (ex Corte Suprema de Justicia), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de diciembre de 2001, pág. 2273.
7 *Id.*
8 Corte Nacional de Justicia (ex Corte Suprema de Justicia), Tercera Sala de lo Laboral y Social, 29 de mayo de 2001, pág. 2533.
9 Decreto Presidencial No. 1017, Presidencia de la República [Por medio del cual se declara estado de excepción en el territorio nacional por el Covid-19], Registro Oficial Suplemento 163 de 17 de marzo de 2020.
10 Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077, Ministerio de Trabajo, 15 de marzo de 2020.

posible realizarlo y se cuente con los medios efectivos para ello. En segundo lugar, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-081,[11] que, si bien tuvo por objeto la modificación del instructivo de cumplimiento de obligaciones por parte de los empleadores públicos y privados, fue el motivo fundamental para que la causal en estudio haya sido mayormente considerada y aplicada, en un panorama aún escueto de su desarrollo jurídico previo. En el artículo segundo de dicho acuerdo, se estableció lo siguiente:

> **[…] Art.2. – Agréguese la Disposición Transitoria Séptima. – Séptima:** El empleador que alegue la terminación del contrato individual de trabajo de conformidad con la causal 6 del artículo 169 del Código de Trabajo, deberá dentro de las 24 horas posteriores a la mencionada terminación realizar lo siguiente:
> 1. Registrar en el Sistema Único de Trabajo (SUT); los fundamentos que sustenten la terminación del contrato individual de trabajo; la información registrada será responsabilidad exclusiva del empleador. Los empleadores que no realicen este registro, serán sancionados de conformidad con el artículo 7 del Mandato Constituyente 8.
> 2. Notificar al trabajador, la terminación del contrato individual de trabajo por cualquier medio de notificación contemplado en las normativas legales vigentes.

En virtud de esta disposición, no existía para el empleador obligación alguna de obtener una autorización previa ni mucho menos una evaluación de los fundamentos de la causal en estudio por parte de la autoridad competente. Lo dicho llama la atención por cuanto atenta al objeto de dichos acuerdos y –fundamentalmente– a la efectiva configuración de esta causal, porque no se contempló ningún tipo de procedimiento de impugnación, al menos en sede administrativa.

Así, el Ecuador enfrentó una situación de incertidumbre jurídica en el ámbito laboral con respecto a la causal en estudio, en virtud de la pandemia. Debido a su carente desarrollo tanto en la legislación como en la jurisprudencia, se promulgó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario como una suerte de salvación jurídica. Dicha Ley combinó e incorporó lo establecido por los dos acuerdos ministeriales antes referidos, y estableció además que, la invocación injustificada de la causal en estudio por parte del empleador, configuraría un despido intempestivo cuya indemnización debe aumentarse en uno punto cinco (1.5)[12] a la prevista por el artículo 188 del CT.

Para complementar lo anterior, el legislador ecuatoriano determinó también la interpretación obligatoria para la aplicación de la causal en estudio. En virtud de esta disposición interpretativa, el numeral 6 del artículo 169 del CT debe interpretarse de la siguiente forma:

11 Acuerdo Ministerial No. MDT- 2020- 081, Ministerio de Trabajo, 10 de abril de 2020.
12 Artículo 17, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario [LOAP], R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

> […] En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total o definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos.[13]

El legislador ecuatoriano ha determinado la operatividad de esta causal a un solo parámetro de aplicación; es decir, solamente si estos efectos producen imposibilidad absoluta de realizar el trabajo, lo cual se traduce únicamente en la imposibilidad jurídica de ejecución de una obligación, limitando el espacio interpretativo de la causal, ignorando también la inclusión de una serie de elementos y características recogidas en las legislaciones que serán analizadas a continuación, razón por la cual, lejos de ser una salvación jurídica podría representar más problemas que soluciones, pues solamente en el mes de junio del año 2020, el Ministerio de Trabajo ecuatoriano registró más de 17.000 denuncias por despido intempestivo,[14] cantidad que tan solo en un mes se incrementó a casi 270.000.[15]

Evidentemente, el problema jurídico suscitado, tiene relación con la aplicabilidad y procedencia de la causal en estudio, así como su consecuente errónea interpretación e invocación. La carencia normativa evidenciada durante la pandemia, así como en el escueto desarrollo jurídico de dicha causal con anterioridad a ella, demuestran que a pesar de que las instituciones públicas han hecho sus mejores esfuerzos, la misma es aún insuficiente. Por lo tanto, el presente artículo tiene como primer objetivo determinar la procedencia del caso fortuito o fuerza mayor como causal de terminación de la relación laboral, a partir de un análisis crítico comparativo, tomando como punto de partida la normativa vigente en el Ecuador, en contraste con el Derecho Comparado Iberoamericano, por ser el más cercano a la realidad nacional. Como segundo punto, el presente artículo pretende lograr también que el lector encuentre un acercamiento mucho más amplio de la causal en estudio e igualmente le permita obtener una visión integral, a efectos de cuestionar los requisitos para su procedencia alejándolo de un único parámetro de análisis conforme ha establecido el legislador ecuatoriano. Finalmente, el tercer objetivo del presente artículo consistirá en demostrar la necesidad de integrar la teoría de la responsabilidad civil subjetiva, así como la teoría de la responsabilidad civil objetiva dentro de la ecuación determinativa de la causal en estudio. Ello, con

13 Disposición Interpretativa Primera, LOAP.
14 María Vanessa Silva, "173 000 trabajadores han sido desvinculados durante la emergencia sanitaria". *El Comercio*, (12 de junio de 2020).https://www.elcomercio.com/actualidad/despidos-trabajadores-sanciones-emergencia.html.
15 "Desempleo: Casi 270 000 contratos terminados durante la pandemia en Ecuador". *El Universo,* (29 de julio de 2020). https://www.eluniverso.com/noticias/2020/07/29/nota/7923219/desempleo-pandemia-coronavirus-ecuador-2020-contratos-terminados.

el fin de verificar la relevancia que representará lo descrito para el problema jurídico laboral en el Ecuador, con base en un parámetro crítico comparativo de análisis en el marco del Derecho Comparado.

2. El Caso fortuito y la Fuerza mayor como causal de terminación del contrato individual de trabajo en el Derecho Comparado Iberoamericano

2.1 Características, funcionamiento y aplicabilidad de la causal en estudio en el Derecho laboral chileno y sus elementos fundamentales desde el ámbito jurídico civil

De manera casi idéntica al sistema ecuatoriano, el artículo 45 del CC chileno[16], trata como sinónimos al caso fortuito y a la fuerza mayor, y los determina como una serie de eventos externos, que no son exclusivos ni excluyentes, pero sí imprevistos e irresistibles, por los que civilmente el deudor de una obligación no es responsable, a menos que, conforme el artículo 1547[17] de dicho cuerpo normativo determinado evento haya sobrevenido por su culpa.

Con ocasión del terremoto del año 2010, la Dirección del Trabajo de Chile estableció una directriz para la aplicación estricta de la causal en estudio. La Dirección determinó el cumplimiento copulativo de los siguientes requisitos: i) que los daños provocados por el terremoto en las instalaciones de una empresa se deban unívoca, directa y causalmente a la ocurrencia del mismo; ii) que el empleador que invoque esta causal no haya podido haber contribuido al acaecimiento del mismo o de sus efectos dañosos; y iii), que el terremoto y sus efectos directos sean irresistibles, esto es, que suponga la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los trabajadores y por ende, el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte empleadora.[18]

Por su parte, la jurisprudencia chilena es concordante en determinar que en la configuración de la causal en estudio, deben concurrir ciertos requisitos copulativos respecto del hecho invocado por el empleador para ponerle término al contrato de trabajo con su dependiente, añadiendo al análisis la ponderación de los factores específicos de la fisonomía de cada empresa para determinar en último término la imposibilidad de continuar la relación laboral.[19]

16 Artículo 45, Código Civil Chileno, Diario Oficial 30 de mayo de 2000, reformado por última vez el 24 de septiembre de 2009. http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf.

17 Artículo 1547, Código Civil Chileno,2000.

18 Dictamen Ord. No. 1412/021, Dirección del Trabajo de Chile, Departamento Jurídico, Diario Oficial 19 de marzo de 2010. https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97663.html.

19 Caso Cea c. Medina, Rol No. 6008-201, Corte Suprema de Chile, 11 de abril de 2012, Base Jurisprudencial: www.pjud.cl.

Para los autores Gamoral y Guidi, la causal en estudio se configura efectivamente siempre que se cumplan tres requisitos esenciales: i) imprevisibilidad, ii) irresistibilidad y, iii) que el hecho no haya sido provocado por quien lo alega. En este sentido, dichos autores determinan a la imprevisibilidad como la inexistencia racional de anticipar la ocurrencia de un determinado hecho. Respecto a la irresistibilidad, los autores mencionan que aquella tiene relevancia cuando quien lo sufre sea incapaz de evitar su ocurrencia. Agregan también que el caso fortuito o fuerza mayor deben producir una consecuencia de imposibilidad jurídica y física que excuse definitivamente a las partes contratantes del cumplimiento de las obligaciones principales del contrato de trabajo.[20]

Para Varas, la imprevisibilidad del hecho que provoca la terminación de la relación laboral existe cuando este ha sido imposible de anticipar, mencionando además que estos hechos deben ser inimputables, irresistibles y existir una relación de causalidad entre el hecho y el resultado. Para la autora, la irresistibilidad del hecho es el requisito más importante para la configuración de esta causal, pues sostiene que la relación con el hecho debe generar en el empleador una imposibilidad absoluta de cumplir con sus obligaciones.[21] En cambio, Fernández ha sostenido que el primer requisito para la configuración de la causal en estudio es la imputabilidad del empleador; es decir, que las consecuencias de determinado hecho no se originen en su culpa, negligencia o dolo.[22]

Para este sector de la doctrina chilena, la configuración de la causal en estudio estaría completa cuando la ausencia de culpa o dolo del empleador en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones contractuales, quede demostrada. Dicho de otra forma, se trata en definitiva de un juicio de reproche a la conducta verificada o que debió verificar el empleador respecto del cumplimiento de sus obligaciones dentro del contrato de trabajo.[23]

Al igual que Fernández, Coustasse e Iturra consideran a la imputabilidad como el primero y más importante de los elementos de la causal en estudio. En materia laboral, los autores determinan que si el empleador es el obligado a otorgar el trabajo convenido a su empleado, podría fácilmente establecerse que es en esta obligación en la que debe realizarse el análisis o reproche de su imputabilidad.[24]

20 Sergio Gamoral Contreras y Caterina Guidi Mogia, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago de Chile: Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, 2010), 112.

21 Karla Varas Marchant, "*¿Qué pasa con los derechos de los trabajadores tras el terremoto?"*, Revista Laboral Chilena, no. 186 (2010): 68.

22 Juan José Fernández Domínguez, *Expedientes de regulación de empleo* (Madrid: Editorial Trotta S.A., 1993), 26. *Ver:* Juan Luis Castro Jara, "Caso fortuito o fuerza mayor como causal de término de la relación laboral. Requisitos del caso fortuito, ¿se confunden con la inimputabilidad del empleador?", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social No. 11 volumen VI* (Santiago de Chile: 2015), 13-35.

23 Ibid.

24 Alberto Coustasse del C. y Fernando Iturra A., *El caso fortuito ante el Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1958), 86.

Por lo tanto, la culpa o negligencia del empleador, en el sistema chileno, consistirá para efectos de la configuración de la causal en estudio, en que el hecho externo imprevisible e irresistible no haya contado con una acción material suficiente por parte del empleador que demuestre haber agotado todos los medios o recursos a su alcance para evitar o aminorar su acaecimiento. En este sentido, frente a un hecho imprevisto o previsible pero potencialmente irresistible, no se ha hecho todo lo necesario para evitarlo.[25]

Coustasse e Iturra sostienen también que los elementos de inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la causal, deben cumplir con tres requisitos adicionales para su configuración y análisis, a saber:

> […] 1) Relatividad, ya que se debe considerar el cumplimiento del deber del obligado de evitar la ocurrencia de determinado hecho, frente a un contexto real; 2) concreción, a efectos de que un determinado hecho sea considerado como imprevisible, será indispensable relacionarlo de forma objetiva con otras circunstancias de tal calidad, por ejemplo: el lugar geográfico donde ocurre el hecho, la época del año o tiempo donde tiene lugar, habitualidad, intensidad, etc. y; 3) dependencia, pues determinado hecho será imprevisto cuando a pesar de que se han tomado las precauciones para evitar el hecho o sus efectos dañosos, éste se produce igualmente, porque concurrieron otros factores que normalmente no concurrirían, y por lo mismo se determinaría una imposibilidad de precaverlos.[26]

El anterior es un criterio estimado por la Corte Suprema de Chile en varias de sus resoluciones, respecto de ciertas situaciones consideradas como caso fortuito o de fuerza. En una de sus resoluciones se determinó que la estipulación de un plazo de terminación de los contratos de trabajo de los empleados, en virtud del plazo correlativo de revocación dentro de un contrato público, no constituye un elemento imprevisible puesto que al momento de suscribirse tal concesión, tanto los trabajadores como el empleador conocían la existencia de un plazo previamente fijado para su validez.[27] Con respecto a la misma situación antes descrita, en otro fallo se resolvió que este tipo de eventos, más que fuerza mayor o caso fortuito, constituyen una hipótesis de temporalidad contractual para la terminación de la actividad productiva de una empresa de la cual, tanto trabajadores como empleadores, debían tener conocimiento desde el momento que inició dicha actividad.[28]

Por otra parte, en el caso de la clausura de una empresa en virtud de un acto administrativo emitido por parte de autoridad pública superior, la jurisprudencia chilena determinó que se trata de un evento que puede ser totalmente

25 Juan Luis Castro Jara, "Caso fortuito o fuerza mayor como causal de término de la relación laboral", 15.

26 Coustasse e Iturra, *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, 110.

27 Caso Inostroza c. Inzunza, Rol No. 264-2009, Corte Suprema de Chile , 24 de marzo de 2008, Base Jurisprudencial: www.pjud.cl, también disponible en: http://jurischile.blogspot.com/2008/11/caso-fortuito-y-acto-de-autoridad.html.

28 Caso Mazzo c. Buses Gran Santiago S.A., Causa No. RIT O-2998-2010, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, Base Jurisprudencial: www.pjud.cl, también en: http://jurischile.blogspot.com/2012/06/indemnización-por-despido.html.

previsible, puesto que fue el empleador quien puso a su compañía en la situación que provocó la orden de clausura por parte de la autoridad competente.[29] Lo mismo sucede con la declaración de quiebra de una empresa, que en el ámbito laboral implica esencialmente el cierre del negocio y la consecuente terminación de los contratos de trabajo. En estos casos, la jurisprudencia chilena determinó la inexistencia de configuración de la causal en estudio, ya que el empleador no podía desconocer el estado de sus negocios, lo cual constituye un elemento causal que llevó en definitiva a la declaratoria de quiebra.[30]

Para el caso de un incendio parcial del lugar de trabajo, la jurisprudencia chilena ha descartado que constituya caso fortuito o fuerza mayor para la terminación del contrato individual de trabajo, debido a que solamente provoca una suspensión transitoria y temporal del servicio y, por tanto, el perjuicio económico provocado al empleador no es de tal calidad que le imposibilite de manera permanente proseguir con su actividad habitual.[31]

Para complementar el criterio expuesto, la postura mayoritaria de la doctrina chilena ha enfatizado la importancia de distinguir entre la imposibilidad y la simple dificultad, ya que resulta inconcebible que el empleador sea exonerado de sus obligaciones contractuales porque la continuación de su cumplimiento resulte más difícil u onerosa. La dificultad puede ser vencida mediante el empleo de un mayor esfuerzo, en tanto que la imposibilidad no es superable ni aún con el máximo sacrificio.[32]

En consecuencia, para el ordenamiento jurídico chileno el caso fortuito y la fuerza mayor tienen un régimen de aplicación reservado a la excepcionalidad y no a la generalidad. La integración de las normas fundamentales del Derecho Civil chileno ha sido determinante en materia laboral y sobre todo en la configuración de la causal en estudio. Los elementos de inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad, cuyo desarrollo tuvo mayor relevancia con posterioridad al terremoto de 2010, constituyen su más grande aporte.

29 Caso Herrera c. Sociedad Contractual Minera Tambillos, Causa No. RIT O-253-2009, Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, 27 de noviembre de 2009, Base jurisprudencial: www.pjud.cl, también en: http://jurischile.blogspot.com/2010/09/despido-injustificado-al-aducir-despido.html.

30 Caso Olate c. Empol Chile Say Empol S.A., Rol No. 1270/2006, Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de noviembre de 2006, Base jurisprudencial: www.pjud.cl, también en: http://jurischile.blogspot.com/2007/06/despido-injustificado-quienbra-de-la.html

31 Caso Herrera c. Modiglio, Rol No. 4456-2005, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2006, Base jurisprudencial: www.pjud.cl, también en: http://jurischile.blogspot.com/2006/10/incendio-parcial-del-lugar-de-trabajo.html.

32 Coustasse e Iturra, *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, 116.

2.2 La causal en estudio en el Derecho español. Paradigma jurídico antes y después del Covid-19 ¿Por qué la situación de crisis económica no es considerada fuerza mayor en este sistema?

Con anterioridad a la pandemia, el literal h) del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores de España, ya establecía el efecto extintivo del contrato de trabajo por fuerza mayor, cuando imposibilite definitivamente la prestación y cumplimiento del mismo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme al procedimiento dispuesto desde el numeral 7 de su artículo 51.[33]

A diferencia del sistema ecuatoriano, el sistema laboral español, prevé un procedimiento en donde intervienen: el empleador, la autoridad laboral competente y el trabajador o trabajadores afectados por dicha causal, a fin de lograr un acuerdo entre las partes. De no existir tal acuerdo, se concederá el derecho a los trabajadores a una indemnización correspondiente a veinte días de salario por cada año de servicio sin que exceda de un máximo de doce mensualidades.[34]

Con ocasión de la pandemia del Covid-19, mediante el Real Decreto-ley 9/2020[35] de 27 de marzo del 2020, en España se adoptaron medidas complementarias al sistema laboral que existía previamente y por lo mismo tendientes a aminorar los efectos derivados de la misma. Dicho instrumento normativo, determinó principalmente, las siguientes medidas emergentes:

> […] 1) la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), derivados del Covid-19, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido; (…) 2) la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas derivadas del Covid-19 supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los períodos de referencia equivalentes al período suspendido y; (…) 3) todas las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o inconsistencias serán sancionadas, así como las conductas tendientes a solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaren necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina y que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.[36]

---

33 Artículos 49 y 51, Ley Estatuto de los Trabajadores de España, Boletín Oficial del Estado Número 225 de 23 de octubre de 2015, reformado por última vez 27 de mayo de 2020, https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con .

34 Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Tratado de Derecho Laboral. Derecho Individual del Trabajo. Contrato de Trabajo* (Buenos Aires: Editorial Heliasta,1988), 47.

35 Real Decreto-ley 9/2020, Boletín Oficial del Estado, Núm. 86, Sección I, Pág. 27548: https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4152.pdf.

36 Rosa Zarza, "La fuerza mayor y las causas de suspensión de contrato derivadas del Covid-19 no se podrán entender como justificativas de despido." *GARRIGUES, (marzo 2020).* https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-fuerza-mayor-y-las-causas-de-suspension-de-contrato-derivadas-del-covid-19-no-se-podran.

Las medidas emergentes incluidas en este instrumento coinciden con el sistema ecuatoriano al establecer sanciones a la invocación injustificada de esta causal y determinar un efecto suspensivo del contrato de trabajo. España descarta la procedencia de la causal en situaciones de crisis económica. Asimismo, determina la existencia de un procedimiento reglado y esencialmente contradictorio entre las partes. En cambio, en Ecuador basta con el registro de los fundamentos de la causal en estudio y su posterior notificación al trabajador, para dar por terminado el contrato individual de trabajo. De igual manera, dado que varios empleadores en el Ecuador han optado por la invocación de esta causal por situaciones de crisis económica, si en dicho país tuviéramos que aplicar lo dispuesto por el Real Decreto-ley español, podría decirse que la gran mayoría de estas invocaciones resultarían automáticamente injustificadas, desencadenando en consecuencia los efectos del despido intempestivo y su indemnización correspondiente. Sin perjuicio de que en el Ecuador no exista una disposición como la que se encuentra en el Real Decreto-ley español, vale decir que, no solo la crisis económica sino todos los fundamentos que podría tener la causal en estudio, deberían ser discutidos ante la autoridad administrativa competente, previo a declararse la configuración de dicha causal. Sin embargo, esto se vuelve imposible al no existir un procedimiento reglado para este tema, reservando su reclamo únicamente en la vía judicial respectiva.

2.3 La causal de fuerza mayor o caso fortuito en el derecho laboral mexicano. Requisitos para su procedencia. ¿*Una guía de procedimiento* y sustanciación ignorada?

El artículo 434 de la Ley Federal del Trabajo de México [37], determina al caso fortuito y a la fuerza mayor, como causales de terminación de las relaciones laborales, cuando aquellos no sean imputables al empleador o a su incapacidad física o mental –o incluso a su muerte–, que produzca además, como una consecuencia necesaria, inmediata y directa; la terminación de los contratos de trabajo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 435[38] del cuerpo legal antes mencionado, la invocación de la causal en estudio para la terminación de los contratos de trabajo exige la evaluación y posterior aprobación por parte de la Junta de Conciliación y Arbitraje, como autoridad competente, a través de un procedimiento reglado. Si esta causal ha sido invocada justificadamente, se concede a los trabajadores una indemnización de 3 meses de salario más

37 Artículo 434, Ley Federal del Trabajo de México, Diario Oficial de la Federación de 1 de abril de 1970, reformado por última vez Diario Oficial de la Federación de 2 de julio de 2019: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_020719.pdf.

38 Artículo 435, Ley Federal del Trabajo de México, 1970.

una prima de antigüedad equivalente a doce días de salario por cada año de servicio.[39] Lo antes descrito, al igual que en España, implica la existencia de un régimen indemnizatorio compensatorio en favor de los trabajadores, todo lo cual resulta de la existencia correlativa de un procedimiento reglado y de la determinación de una autoridad sustanciadora para tal efecto. En Ecuador, ninguno de estos supuestos podría cumplirse, pues no se contempla procedimiento alguno, ni mucho menos se ha designado a una autoridad competente. Dejar a salvo la acción pertinente, únicamente en vía judicial, representaría para el Ecuador un problema jurídico respecto al cumplimiento de, entre otros, el principio de economía procesal y garantía constitucional de los derechos.

Conforme a lo dispuesto por los artículos 897[40] y siguientes de la Ley Federal de Trabajo en México, el procedimiento de sustanciación de la causal en estudio se inicia con la presentación de una demanda por parte del empleador que invoca dicha causal. Posteriormente, tendrá lugar la contestación a dicha demanda por parte del trabajador o los trabajadores afectados por la invocación de esta, en los términos y plazos determinados para tal efecto. Así, cada parte tendrá derecho a una réplica y contrarréplica de forma escrita. A continuación, se llevará a cabo la audiencia de juicio para la práctica y producción de las pruebas. Y, finalmente, se anunciará oralmente la resolución, y será notificada por escrito en el término legal establecido. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno en sede administrativa, dejándose a salvo solo la acción judicial pertinente.

Evidentemente, a partir de lo analizado en el sistema mexicano, se podrá encontrar la relevancia jurídica que implica incorporar un procedimiento especial para la sustanciación de la causal en estudio, pues precisamente al ser los derechos de los trabajadores una garantía por antonomasia constitucional, se requiere una diferenciación en el tratamiento procedimental de la misma, cuestión a la cual el Ecuador ha hecho caso omiso.

2.4 La relevancia de la temporalidad de los efectos de la causal en el Derecho salvadoreño ¿Una dualidad circunstancial para su aplicación?

De conformidad con el numeral 6 del artículo 48[41] del CT de El Salvador, la fuerza mayor o caso fortuito constituyen una causal de terminación o conclu-

39 Cabanellas, *Tratado de Derecho Laboral,* 48.
40 Artículo 897, Ley Federal del Trabajo de México, 1970.
41 Artículo 48 numeral 6, Código de Trabajo de la República de El Salvador, Diario Oficial No. 142, Tomo 236 de 31 de julio de 1972, reformado por última vez Decreto Legislativo D.L No. 611, de 16 de febrero de 2005, publicada en el Diario Oficial D.O No. 55, Tomo 366 de 18 de marzo del 2005: https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1742/Cod_Trab_ElSalv%5B1%5D.pdf.

sión del contrato de trabajo sin acarrear ni generar responsabilidad para las partes contratantes, siempre y cuando sus consecuencias no sean imputables al empleador y siempre que produzcan necesariamente la terminación de todo o parte del negocio. Sin embargo, antes de que se configure lo anterior, los artículos 33, 34 y 36[42] del mencionado cuerpo legal, establecen dos situaciones que pueden surgir con la ocurrencia de un evento que se repute como caso fortuito o de fuerza mayor en función de una valoración de temporalidad respecto de las consecuencias que produzca. La primera situación tiene lugar cuando la causal en estudio produce un efecto suspensivo ya que el hecho ha provocado que el trabajo deje de prestarse en un plazo que no exceda de tres días. La segunda situación tiene lugar cuando la causal en estudio produce, en cambio, consecuencias en la modalidad del contrato generando así la reducción emergente de la jornada laboral ordinaria de trabajo.

Para ambas situaciones, el análisis de imputabilidad del empleador es preponderante, pues en caso de verificarse que el empleador es imputable de las consecuencias ocasionadas, éste tiene la obligación de pagar a sus trabajadores afectados un valor adicional equivalente al que dejaren de devengar con ocasión de la reducción de la jornada laboral adicional a su salario regular. Por el contrario, si las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor no son imputables al empleador, éste deberá pagar a los trabajadores solo el cincuenta por ciento del valor que dejaren de devengar, además del salario por el tiempo trabajado. En virtud de estas dos situaciones dependientes del efecto de temporalidad, puede verificarse que cuando se trata de efectos totalmente extintivos del contrato de trabajo, la aplicación de la causal en estudio se reserva solo para eventos que acarreen consecuencias permanentes. De manera que los contratos de trabajo son terminados o concluidos por excepcionalidad y no desde la generalidad de la aplicación de la causal mencionada.

Al respecto, Cabanellas considera necesario recurrir a la prueba de los efectos de la fuerza mayor o el caso fortuito sobre el negocio, que, si bien no debe producir una imposibilidad absoluta como los sistemas previamente estudiados, sí debe guardar una relación objetiva y causal entre el hecho pretendido como caso fortuito o de fuerza mayor, y su repercusión con respecto a la terminación total o parcial del negocio.[43] Por lo tanto, es evidente que la configuración de esta causal necesita de varias instancias de evaluación, tanto de autoridades administrativas como judiciales, sobre la base de todos los elementos que han sido recogidos de las legislaciones analizadas. Resulta llamativo que el sistema ecuatoriano haya optado por el régimen de aplicación general de la causal en estudio, dejando al arbitrio del empleador optar por la terminación definitiva del contrato o, en su defecto, por la suspensión o reducción de la jornada

42 Artículos 33, 34 y 36, Código de Trabajo de la República de El Salvador, 1972.
43 Cabanellas, *Tratado de Derecho Laboral,* 46.

laboral, sin mayor consideración proactiva de sus elementos configurativos. Hasta el momento, todos los sistemas jurídicos en materia laboral han coincidido en la determinación de la imputabilidad del empleador en el hecho que se aduce como fortuito o de fuerza mayor, para lo cual existe un procedimiento especial reglado, una autoridad competente sustanciadora y un régimen indemnizatorio dependiente de la procedencia de la causal. Sin embargo, todos estos elementos no han sido considerados por la legislación ecuatoriana, a pesar de serle esencialmente inherentes.

2.5. El requisito de evaluación de la conducta y voluntad del empleador para la configuración de la causal en el derecho brasileño. El régimen de valoración del impacto del hecho externo y régimen indemnizatorio escalonado.

La Consolidación de las Leyes de Trabajo (CLT) de Brasil, establece en su artículo 501[44] que se entenderá como fuerza mayor todo acontecimiento inevitable en relación con la voluntad del empleador. En otras palabras, para la realización de este acontecimiento inevitable se requiere que el empleador no haya concurrido de forma directa ni indirecta. Así, el numeral 1 del referido artículo, dispone que en caso de existir, configurarse o demostrarse el elemento negligencia o imprevisión por parte del empleador, se anula completamente el caso fortuito o la fuerza mayor. Por lo mismo, toda terminación de la relación laboral por esta causal, se convertirá automáticamente en un despido intempestivo. El numeral 2 del mismo artículo determina que cuando la ocurrencia de la fuerza mayor no produzca una afectación sustancial, ni tampoco sea susceptible de producir una afectación de forma probable con respecto a la situación económica y financiera de una empresa, el régimen de terminación del contrato de trabajo en virtud de la causal en estudio, tampoco tiene cabida alguna.

Al igual que lo referido en los sistemas español, salvadoreño y mexicano, las leyes de trabajo de Brasil prevén también un sistema indemnizatorio escalonado cuando se procede con la terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor. Por ejemplo, el artículo 502[45] del cuerpo normativo laboral brasileño establece que en caso de fuerza mayor que produzca la extinción de la empresa o de uno de sus establecimientos en donde laboran los trabajadores, se les garantizará una compensación correspondiente al pago de todos los valores proporcionalmente devengados, así como la mitad del valor indemnizatorio que les correspondería por despido intempestivo.

44 Artículo 501, Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil, Diario Oficial de 14 de julio de 2017, Senado Fed. Brasileño: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf.

45 Artículo 502, Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil, 2017.

En este aspecto, el sistema brasileño trata una situación de extinción de una empresa, que no es lo mismo que la situación de imposibilidad o cese definitivo de la actividad productiva de la que trata el sistema ecuatoriano. Por otro lado, es destacable que en Brasil se refiera también a la extinción de uno de los establecimientos, cuando se trata de empresas que han alcanzado mayor tamaño económico, que al parecer implica una situación más coherente para la demostración y prueba del hecho, a diferencia de la complejidad procesal que podría representar demostrar una situación de imposibilidad para los empleadores dentro de un potencial proceso judicial.

En contraste con lo anterior, el artículo 503 del código laboral brasileño[46], contempla una alternativa por el avenimiento de un evento que configure esta causal, diferente a la exclusividad de la terminación. Así, se determina también la reducción de los salarios generales de los empleados de una empresa, de conformidad a un cálculo proporcional al salario de cada persona sin que dicha reducción exceda el 25%. El límite para esta reducción es la intangibilidad e inmutabilidad del salario mínimo establecido, existiendo la obligación de la restauración al estado anterior de los sueldos y salarios, una vez que los efectos de la fuerza mayor hayan cesado, manteniendo así un régimen mayormente verificable de sostenibilidad del trabajo ante este tipo de eventos.

Finalmente, de conformidad al artículo 504 de las Leyes de Trabajo de Brasil[47], en caso de que la invocación de esta causal por parte del empleador sea falsa, la reintegración de los empleados será inmediata y su remuneración complementaria a la compensación percibida queda garantizada y operará de manera obligatoria, así como también el pago de haberes atrasados o en mora del empleador.

Es importante resaltar que el sistema brasileño –al igual que el sistema español– prevé un efecto extintivo del contrato de trabajo cuando la causal en estudio es verificada eficazmente. De igual forma es menester señalar que este sistema comparte similitud con las indemnizaciones escalonadas que corresponden a los trabajadores en los sistemas mexicano y salvadoreño, indistintamente de la temporalidad del hecho. Asimismo, el sistema brasileño resalta también la importancia de la determinación del elemento imputabilidad del empleador y, al igual que el Ecuador, también establece, por un lado, una sanción por haberse recurrido de forma fraudulenta a la aplicación de la causal en estudio, y por otro, un efecto reductivo de la jornada, únicamente diferente en el porcentaje límite de reducción contemplado.

46 Artículo 503, Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil, 2017.
47 Artículo 504, Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil, 2017.

El análisis de los efectos materiales y temporales que puede ocasionar un evento atribuible a la fuerza mayor o al caso fortuito es de esencial relevancia, pues demuestra que la invocación de la causal en estudio sigue un régimen de aplicación excepcional y no general, para lo cual se prevé un régimen de aplicación especial para cada caso, dejando nuevamente a la terminación del contrato de trabajo como una medida de *ultima ratio*. Esta especificidad en la determinación de una evaluación previa en función de la temporalidad y materialidad de los efectos de la pandemia, es un elemento claramente ausente en el sistema ecuatoriano, que incluso limita a los trabajadores afectados por esta causal, exclusivamente a la tutela y reconocimiento de sus derechos en una sentencia judicial, dependiente de los tiempos que esto acarree.

5.6. Efectos de la fuerza mayor o el caso fortuito en el contrato de trabajo en la legislación argentina. Procedimiento para su configuración. Desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los casos ejemplificativos de estos eventos. ¿La crisis económica nuevamente descartada como fuerza mayor o caso fortuito?

Al igual que en los sistemas salvadoreño y brasileño, la causal en estudio dentro del sistema laboral argentino determina dos momentos en función de un análisis de temporalidad. Así, puede distinguirse en primer lugar una implicación previa con efecto suspensivo y, por otro lado, una consecuencia posterior, con efecto extintivo del contrato de trabajo. Con respecto al primer caso, el artículo 221 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, prevé que las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas podrán extenderse hasta un plazo máximo de setenta y cinco días en el término de un año, contado desde la primera suspensión, indistintamente de cuál sea el motivo de esta, aplicando criterios de antigüedad para su dosificación salarial.[48] En relación al efecto extintivo, el artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, establece una dualidad idéntica tanto para el caso en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor, como si es ocasionado por disminución de trabajo, siempre que ambas situaciones no sean imputables al empleador. Verificado este escenario, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a la mitad del monto que le correspondería por un despido injustificado o intempestivo.[49]

48 Artículo 221, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina de 5 de diciembre de 2013, Aprobada mediante Ley No. 20.744, ordenado por Decreto No. 390/1976 de 13 de mayo de 1976, http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm.

49 Artículo 247, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, 2013.

Para completar estas dos modalidades, el artículo 231[50] del mismo cuerpo legal prevé la obligación del preaviso que debe dar una parte a la otra respecto de su voluntad de disolver el contrato de trabajo en virtud de la causal en estudio, preaviso sin el que cualquier decisión tendiente a este efecto no tiene validez alguna y en virtud de la cual se establece un régimen indemnizatorio mayor, determinado en función escalonada por antigüedad.

En el derecho laboral argentino, el preaviso por parte del empleador es obligatorio para proceder a la extinción del contrato de trabajo, con un término de 15 días de anticipación, para el caso en que el trabajador se encontrare en período de prueba. En un término de 1 mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de 5 años. Y finalmente, un término de 2 meses para el caso en que el período de estabilidad del trabajador fuere superior a los 5 años.[51] Este sistema está previsto en Argentina con el único objetivo de que el trabajador disponga de un tiempo prudencial para conocer los fundamentos de la invocación de esta causal y preparar su defensa y pruebas de descargo. Así como ocurre en España y México, en Argentina el conocimiento y competencia de dicho procedimiento está a cargo de una autoridad pública, el Ministerio de Trabajo de la Nación, dejando a salvo posteriormente las acciones judiciales que tuvieren lugar.

En este punto, puede encontrarse una vaga similitud con lo establecido por el Ministerio de Trabajo ecuatoriano, respecto al requisito de registro de los fundamentos de la causal en estudio, para proceder a dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, y posteriormente notificarlo a su trabajador. Sin embargo, a diferencia del preaviso argentino, en el Ecuador no se ha establecido un tiempo prudencial para que el trabajador afectado prepare una defensa ante la invocación de la causal en estudio, precisamente por no existir un procedimiento reglado para tal efecto. En lo único que coincide el sistema ecuatoriano con el argentino, es en haber dejado a salvo las acciones judiciales pertinentes.

La jurisprudencia argentina, destaca nuevamente el análisis de la imputabilidad del empleador en la invocación de la causal en estudio, pero con algunos matices diferentes. En su esencia, puede darse la situación de que no exista materialmente un acto por parte del empleador que conduzca inmediatamente a la configuración del hecho que impide continuar con la relación de trabajo, sino que el empleador, por una administración deficiente, haya colocado a su empresa en una situación en la que resulta imposible continuar con sus actividades. Mientras ciertos fallos tienden a enfocar su atención a efectos de

50 Artículo 231, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, 2013.
51 Artículo 231, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, 2013.

determinar si existe fuerza mayor o caso fortuito no imputable al empleador en la intención y efectos deseados por éste,[52] otros fallos analizan el curso de las actividades del empleador, que conduce a la situación de fuerza mayor o caso fortuito, no requiriendo para que éste sea imputable de la existencia de un acto concreto e intencionado de su parte que le dé origen, siendo suficiente su imprudencia o negligencia.[53]

Cabanellas considera correcto el criterio expuesto por la segunda postura jurisprudencial, pues podría decirse que la conducta del empleador difícilmente conduce a situarse en una posición de imposibilidad de continuar la relación laboral, o que surja de un único acto preciso y evidentemente dirigido a configurar tal situación. Este autor considera que la causal en estudio rara vez constituye un impedimento absoluto, sino que más bien, tiende a crear un incremento súbito en la onerosidad de la relación laboral.[54]

En adición a esta postura doctrinaria, la jurisprudencia argentina también ha desarrollado la procedencia de dicha causal, respecto a los presupuestos fácticos determinados para ciertos casos que las legislaciones consideran como ejemplos de este tipo de situaciones. Así, en el caso de una orden de autoridad, o de actos derivados de la actividad pública o incluso en el mismo ejercicio de soberanía por parte de una institución del Estado en sentido laxo que produzca el cese de actividades de una empresa o un empleador, podría configurarse eficazmente la causal en estudio, por ser independiente de la voluntad de las partes.[55] En cambio, otros fallos han determinado que la expropiación por utilidad pública no constituye caso fortuito o fuerza mayor que libere al expropiado del pago de indemnizaciones a sus dependientes, pues está justificado por tratarse de un procedimiento amparado por la Constitución y la ley especial de la materia; por tanto, encuentra su legitimidad en el principio social de utilidad pública y el principio de competencia que rige la administración pública.[56] En ese sentido, en Argentina se ha resuelto también que si el Estado adquiere un establecimiento industrial, cambia completamente el régimen jurídico de los empleados, pues pasan a ser públicos, y, por ello, opera

52 Caso Demarchi Edgardo Hernán y Otros c. Muscio Enrique José, s/ Despido, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala VI, 27 de julio de 1979, pág.1168, http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-demarchi-edgardo-hernan-otros-muscio-enrique-jose-despido-fa79041568-1979-07-27/123456789-865-1409-7ots-eupmocsollaf?.

53 Caso Córdoba Jorge Enrique y Otro c. Atlanta SAIC, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Capital Federal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala VII, 13 de mayo de 1982, pág.1228,

http://www.saij.gob.ar/despido-falta-disminucion-trabajo-personal-contratado-sue0000730/123456789-0abc-defg0370-000esoiramus?&o=106&f=Total%7CFecha/1982/05%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Nacional%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=146#.

54 Cabanellas, *Tratado de Derecho Laboral,* 50.

55 Ibid., 50-54.

56 Ibid., 50-54.

la disolución del contrato primitivo por voluntad de las partes y únicamente se debe proceder con el pago de las indemnizaciones correspondientes a esta disolución.[57]

Para el caso del incendio, de acuerdo con esta jurisprudencia, no todos ellos constituyen un evento de caso fortuito o de fuerza mayor, ya que esencialmente este evento puede ser evitado; y aún así fuere puramente accidental, resulta perfectamente previsible como riesgo propio del negocio y que además es económicamente solucionable en virtud del seguro que se debería contratar para precaver estos efectos.[58]

Con respecto a la crisis económica, la jurisprudencia argentina sostiene que aquella no constituye caso fortuito o fuerza mayor en su esencia, sino que podría configurar un elemento que incida *a posteriori* sobre la estructura de una empresa, produciendo en consecuencia tal fuerza mayor o caso fortuito. Por lo que nuevamente el examen de la negligencia previa del empleador por haber conducido a la empresa a dicha crisis se vuelve fundamental.[59]

Para la jurisprudencia argentina, tampoco existe caso fortuito o fuerza mayor cuando la empresa experimenta pérdidas pero mantiene su ritmo productivo, ni cuando cierra un establecimiento o sucursal pero mantiene en funcionamiento a los restantes; tampoco cuando sufre una caída de la demanda productiva, mientras el resto de las empresas de la competencia están en expansión; ni mucho menos cuando la empresa ha omitido las precauciones necesarias para hacer frente a las modificaciones técnicas indispensables o desplazamientos previsibles de la demanda.[60]

En función de lo referido hasta el momento, existen tres elementos en los cuales el Ecuador coincide con las legislaciones revisadas: primero la situación de imposibilidad absoluta o cese definitivo de la actividad productiva del empleador; segundo, un coeficiente aumentado de indemnización por invocación injustificada de la misma; y finalmente, el hecho de dejar a salvo la acción judicial que tuviere lugar. Sin embargo, el Ecuador no ha precisado un procedimiento especial y reglado para la sustanciación de la causal en estudio, tampoco ha determinado una autoridad con la competencia correspondiente, peor aún un régimen de aplicación excepcional que podría complementarse con una determinación específica respecto de las situaciones o eventos, en los cuales dicha causal hubiese sido procedente, o al menos en su defecto, establecer que la crisis económica de la parte empleadora no signifique un presupuesto para su configuración, criterio compartido por las legislaciones previamente descritas.

57 Ibid, 50-54.
58 Ibid, 50-54.
59 Ibid., 52.
60 Ibid., 50-54.

3. La teoría de la responsabilidad civil subjetiva y objetiva para la configuración de la causal en estudio. ¿Es necesario incluir el elemento imputabilidad del empleador en el sistema laboral ecuatoriano?

Conforme al análisis comparativo realizado, la configuración eficaz de la causal en estudio debe producir una situación externa imprevisible, o que, siendo prevista, no haya sido posible evitar; así como la imposibilidad de continuar la relación laboral o el cumplimiento de sus obligaciones, sin que medie negligencia por parte del empleador. Es evidente entonces, que esta unión conceptual resultará esencial para la determinación de la fuerza mayor o el caso fortuito, pues una efectiva demostración de la configuración de esta causal llevará a la autoridad competente al convencimiento de todos los esfuerzos utilizados por el empleador para evitar las consecuencias de un hecho que se aduce imprevisible; de otra forma, este elemento no estará completo ni logrará dicho objetivo.[61]

Por lo tanto, en la esfera jurídica laboral, las diversas legislaciones analizadas coinciden en que el caso fortuito o fuerza mayor no deben haber tenido origen en la conducta del empleador. En otras palabras, no puede éste, mediante sus actos, poner a su empresa en una posición tal que impida continuar la relación laboral, para luego oponer ese impedimento a los reclamos del trabajador. Según la doctrina, si *ex ante* el empleador ha conducido su empresa con desatino financiero o irregularidades en su negocio, para alegar *ex post* esta causal, la causal en estudio carece de toda configuración. Lo cual, a manera de ejemplo, se precisa en dos situaciones: cuando el empleador sufriese la clausura de su establecimiento como consecuencia del incumplimiento de normas de orden público, o en el caso en que sea desalojado del local donde desarrolla sus actividades por no obtener la renovación de su licencia.[62]

En consecuencia, con base en la doctrina chilena, podría integrarse fácilmente la teoría de la responsabilidad civil subjetiva a la causal en estudio, pues dicha doctrina concibe al caso fortuito y a la fuerza mayor en un sentido estrictamente subjetivo, esto es, como negación o inexistencia de culpa por parte del agente que los invoca, produciendo la exoneración de responsabilidad como consecuencia de la extinción o terminación de un contrato por imposibilidad de su cumplimiento.[63]

61 Ibid., 50-54.

62 Juan Carlos Fernández, Madrid: *La imputabilidad de la causa en los despidos por cierre de negocio.* Legislación del Trabajo, Tomo XVIII, 860. *Ver:* Guillermo Cabanellas, *Tratado de Derecho Laboral. Derecho Individual del Trabajo. Contrato de Trabajo. Volumen III, Tomo II, Tercera Edición* (Buenos Aires: Editorial Heliasta,1988), 49.

63 Juan Luis Castro Jara, "Caso fortuito o fuerza mayor", 21.

Integrando la doctrina antes mencionada en materia laboral, la ausencia de dolo o culpa del empleador en la imposibilidad de cumplir el contrato, sería suficiente para configurar la causal en estudio. Análisis que deberá realizarse sobre el deber de ocupación efectiva y adecuada, que emana del carácter personal del contrato de trabajo, en virtud del cual el empleador debe cumplir ciertas obligaciones dispuestas en la ley para proteger a su trabajador.[64] En virtud de este deber, el empleador se encuentra obligado a otorgar el puesto de trabajo y es precisamente ésta la obligación que se hace imposible de cumplir como consecuencia de la causal en estudio. De este modo, siendo el empleador el deudor de la obligación de dar el trabajo convenido a su trabajador, esta causal no tendría diferencia alguna con el régimen de exención de responsabilidad establecida por el Derecho Civil, debiendo el empleador responder hasta de la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.[65]

Por este motivo, en atención a la jurisprudencia chilena en materia laboral, es fundamental un juicio de reproche sobre la evaluación de la negligencia del empleador, respecto del hecho que se reputa como fortuito o de fuerza mayor, al momento de determinar la configuración de la causal en estudio.[66] Podría decirse entonces que el hecho es inimputable cuando es imprevisible o imposible de resistir. De lo contrario, mal podría decirse que el suceso es totalmente ajeno a la conducta negligente del empleador, siendo esencial que estos elementos resulten de la comparación que se haga respecto de los distintos grados de diligencia que este debió haber empleado frente al acontecimiento.

Por lo mismo, la debida diligencia del empleador, como presupuesto fundamental de la configuración de su inimputabilidad, debe estar integrada por el conjunto de precauciones racionales que toman los hombres prudentes en su conducta, adicional a la previsión y el cuidado necesarios para que el hecho externo –imprevisible e irresistible– no llegue a producir consecuencias dañosas.[67] Lo anterior justifica que las consecuencias de determinado incumplimiento, así como sus causas eximentes, se conciban relativas a la existencia o ausencia de un criterio de imputación de dicho incumplimiento sobre el empleador, es decir, su culpa o negligencia, pues aquellas se presumen de hecho en el incumplimiento de un contrato y las consecuencias de este se consideran sanciones impuestas al empleador que ha incurrido en una conducta antijurídica.[68]

En definitiva, integrar la teoría de la responsabilidad civil subjetiva en la esfera jurídica laboral para la configuración de la causal en estudio, implica demos-

64 William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, *Manual de Derecho Individual de Trabajo,* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 550.

65 Castro Jara, "Caso fortuito o fuerza mayor", 21.

66 Ibid., 22.

67 Victoria Rodríguez, *El caso fortuito ante la jurisprudencia chilena* (Santiago: Editorial Universitaria, 1964), 14.

68 Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e Incumplimiento de las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 256.

trar la ausencia de culpa o negligencia por parte del empleador. Esto conlleva a realizar un juicio de reproche sobre su actuar en una línea de trazabilidad delimitada por el antes, durante e incluso después –dependiendo del caso– respecto del evento que se presume como caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, frente a esta visión clásica integrada desde el Derecho Civil a la causal en estudio en materia laboral, nuevas corrientes han determinado algunos planteamientos que sostienen la necesidad de objetivar la noción de caso fortuito o fuerza mayor, desvinculándolos de su noción subjetiva de culpa o negligencia exclusivamente, lo cual se manifiesta fundamentalmente en la verificación de la exterioridad del hecho.[69]

Según la doctrina, lo anterior implica la posibilidad de reformular la concepción del elemento imputabilidad a través de un nuevo enfoque, permitiendo así una cierta objetivación del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, demostrando que dicho concepto, si bien está estrechamente vinculado con el deber de diligencia, no sería simplemente la negación o ausencia de culpa, su único parámetro de análisis.[70] En tal virtud, el análisis de la exterioridad del hecho consistiría en la ausencia del vínculo causal entre la conducta del empleador y el hecho que ocasione el incumplimiento contractual. Así, la prueba de la causal en estudio debería dirigirse a demostrar la diligencia y cuidado del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones sobre un contexto circunstancial, que lo desvincule de la eventual causalidad. Vivanco considera que la incorporación de las teorías de responsabilidad civil objetiva y subjetiva en materia laboral, representarían un paliativo a este paradigma, desde que el empleador es quien deberá, para exonerarse de la obligación de indemnizar, rendir prueba conducente para acreditar que actuó con la debida diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto es éste quien ha invocado la causal en estudio.[71]

Podría decirse entonces que todo lo que ha sido expuesto en esta sección, guarda estrecha relación con lo establecido en las legislaciones comparadas. En el ámbito subjetivo de la norma, se ha determinado como requisito fundamental la ausencia de culpa o negligencia por parte del empleador en la invocación de la causal en estudio privándole, de este modo, beneficiarse de su propio actuar deficiente que afecta a sus trabajadores. Asimismo, todo lo analizado en las legislaciones comparadas, guarda estrecha relación con la teoría de la exterioridad del hecho, toda vez que, si es el empleador quien invoca la causal en estudio, es sobre este en quien recae la carga probatoria de la misma y de sus elementos configurativos, y no en el trabajador. Así, el juicio de reproche del empleador en el manejo de su empresa o, en general, respecto de sus obli-

69 María Graciela Brantt Zumarán, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el código civil chileno* (Santiago: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010), 22.
70 Ibid., 54.
71 Manuel Vivanco Cisternas, *El despido laboral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994), 29.

gaciones en la relación laboral, puedan desvincularlo del nexo causal que lo ataría a determinado hecho que se pretenda como fortuito o de fuerza mayor.

Por otro lado, en el ámbito objetivo de la norma, es decir el procedimiento por el cual sus disposiciones adquieren aplicabilidad jurídica, resultará fundamental realizar el análisis de la imputabilidad del empleador desde la teoría de la responsabilidad civil subjetiva, es decir su ausencia de culpa, así como desde la teoría de la responsabilidad civil objetiva, en función del cumplimiento de sus obligaciones como empleador frente a la exterioridad del hecho, dentro del nexo causal antes referido.

En consecuencia, la necesidad de integrar estas dos teorías de la responsabilidad civil, en la esfera jurídica laboral ecuatoriana, a pesar de no haberse contemplado un procedimiento de impugnación –al menos en sede administrativa– constituye un parámetro sobre el cual se deben establecer los lineamientos o estrategias de defensa para cada parte dentro del proceso judicial que tuviere lugar. Asimismo, a pesar de que el desarrollo jurídico de la causal en estudio siga siendo incompleto en el Ecuador, la integración de ambas teorías de la responsabilidad civil para este caso en particular en materia laboral, constituye el cumplimiento del deber fundamental de interpretación e integración encomendado por el maestro Kelsen a los profesionales del Derecho.

4. Conclusiones

El desarrollo jurídico de la causal en estudio en el Ecuador ha sido escaso, incluso antes de la pandemia del Covid-19. La LOAH no ha solucionado de forma suficiente la aplicación efectiva de dicha causal, por limitar su aplicación a un único parámetro para su procedencia, omitiendo así una serie de elementos que deberían también serle inherentes. Lo anterior demuestra una calidad legislativa que se encuentra fuera de un contexto sistemático que permita una mejor funcionalidad, procedencia y aplicación de esta causal que, a pesar de los esfuerzos realizados, sigue siendo insuficiente.

Es necesario que el sistema ecuatoriano incorpore a su ordenamiento un procedimiento especial y reglado para la sustanciación y resolución, al menos en sede administrativa, de la causal en estudio. Dicho procedimiento debe garantizar la igualdad de condiciones, el respeto al debido proceso y ser esencialmente contradictorio, tal como se ha visto en las legislaciones analizadas, y no solamente cumplir con dejar a salvo las acciones judiciales que tuvieren lugar.

Asimismo, es necesario que se incorpore la especificidad en la determinación de la temporalidad, producto del impacto de la causal en estudio. Es ineficaz para el Ecuador prever una aplicabilidad generalizada, y se debería optar por

mecanismos tendientes a una procedencia excepcional que cumpla efectivamente el ideal detrás de la LOAH.

Es igualmente imprescindible la integración del análisis de la imputabilidad del empleador, así como de las teorías de responsabilidad civil subjetiva y objetiva. Tanto el reproche a la negligencia o culpa en la conducta del empleador, como el análisis de la exterioridad del hecho dentro de la causalidad circunstancial de la ecuación determinativa de dicha causal, permitirá que la imposibilidad absoluta y el cese definitivo establecida en la LOAH tenga una evaluación circunstancial y relativa a cada situación.

La gran mayoría de terminaciones del contrato de trabajo, por la invocación de esta causal, se han atribuido a situaciones de crisis económica. De conformidad con las legislaciones analizadas, y, dado que tal situación no debería tener la calidad de ser fortuita o de fuerza mayor, dichas terminaciones contractuales serán automáticamente intempestivas y por lo mismo, indemnizadas como la Ley establece. Será deber de las autoridades judiciales, considerar todos estos elementos, a fin de que sea la jurisprudencia la cual materialice el desarrollo jurídico de dicha causal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La responsabilidad cuasicontractual en Ecuador: ¿una determinación contractual o extracontractual?

Quasi-contractual civil liability in Ecuador: a contractual or non-contractual determination?

Marcela Natalia Cervantes Armijos*

Recibido / Received: 9/10/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2143

Citación:
Cervantes Armijos, M.N. «La responsabilidad cuasicontractual en Ecuador: ¿una determinación contractual o extracontractual?». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 29 - 48, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2143

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: cmarce070@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-9296-4231

Resumen

La normativa ecuatoriana ha obedecido a la clasificación binaria tradicional de la responsabilidad civil, regulando la contractual y extracontractual. Ante esto, ha prevalecido un incansable debate respecto del ámbito de aplicación de cada una. Esta discusión, tanto doctrinal como jurisprudencial, deja un vacío legal en cuanto al régimen aplicable a la hipótesis de daños derivados del incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales. El presente artículo tiene como objeto de estudio la delimitación del alcance de la responsabilidad contractual y aquiliana bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por medio de un análisis sistémico e integral de la norma. Asimismo, analiza la aplicación de la doctrina mayoritaria y predominante sobre la responsabilidad cuasicontractual bajo el Código Civil, donde se concluye que la responsabilidad cuasicontractual en Ecuador debe regirse bajo las reglas del régimen contractual.

Palabras clave

Responsabilidad civil; contractual; extracontractual; cuasicontractual; obligaciones

Abstract

Ecuadorian law has obeyed the traditional binary classification of civil liability, regulating contractual and extra-contractual liability. There has been a tireless debate regarding the scope of application of each one. This discussion, both doctrinal and jurisprudential, leaves a legal vacuum as to the applicable regime to the hypothesis of damages derived from the breach of quasi-contractual obligations. The purpose of this article is to study the delimitation of the scope of contractual and tort liability under the Ecuadorian legal system, through a systemic and comprehensive analysis of the norm. It also analyzes the application of the majority and predominant doctrine on quasi-contractual liability under the Civil Code, where it is concluded that quasi-contractual liability in Ecuador should be governed under the rules of the contractual regime.

Keywords

Civil liability; non-contractual; contractual; quasi contractual; obligations

1. Introducción

El Código Civil ecuatoriano (en adelante CC) regula la institución de la responsabilidad civil obedeciendo a la clásica distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Sin embargo, quedan dudas sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto se debe a que, tanto el CC, como la jurisprudencia nacional, no delimitan el alcance de cada uno de los regímenes mencionados y, sobre esto, cuál de ellos resulta aplicable a la responsabilidad emanada de una relación cuasicontractual.

En la actualidad se discute el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil contractual, respecto de la cual no queda claro si: (i) es aquella que se deriva del incumplimiento de un vínculo obligacional previo o, (ii) necesariamente, del incumplimiento de una obligación contractual. En cuanto a la responsabilidad aquiliana, se debate si: (i) es aquella que se deriva únicamente de la comisión de delitos o cuasidelitos civiles o, (ii) si se trata de un régimen residual al de la responsabilidad contractual, es decir, abarcando el incumplimiento de cualquier obligación no convencional. Estas interrogantes conllevan a la existencia de un vacío normativo y una pregunta de sustancial importancia: ¿qué tipo de responsabilidad procede ante el incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales?

Si bien el cuasicontrato, como fuente de obligaciones, es una categoría jurídica sumamente cuestionada en el derecho moderno –y ha sido materia de arduas críticas por parte de doctrinarios como Valencia Zea–[1] en Ecuador esta cotidiana figura continúa vigente, y, por lo mismo, resulta importante determinar el régimen de responsabilidad que respecto de ella resulta aplicable. En consecuencia, el presente trabajo tiene como propósito la determinación del alcance de la responsabilidad que procede ante el incumplimiento de obligaciones emanadas de un cuasicontrato en el sistema jurídico ecuatoriano. Esto se realizará a través de una metodología sistémica; mediante la cual se revisarán las distintas teorías que ilustran el alcance de la responsabilidad contractual y extracontractual mencionadas anteriormente, a nivel doctrinal y jurisprudencial, así como los fundamentos y elementos propios de cada una. Lo anterior constituirá una guía para analizar e interpretar integralmente los indicios que el CC ecuatoriano manifiesta en su estructura, redacción y coherencia; a propósito de la responsabilidad aplicable a las relaciones cuasicontractuales. El estudio de lo expuesto responderá, entonces, a la pregunta:

1 Arturo Valencia Zea manifiesta en su libro *Derecho Civil. De las Obligaciones* que "[l]a expresión cuasicontrato debe desecharse", pues para él esta figura no merece ser diferenciada y categorizada como una fuente de obligaciones distinta por el solo hecho de carecer de un acuerdo de voluntades.

¿cuál es la regulación aplicable en materia de responsabilidad civil ante daños resultantes del incumplimiento cuasicontractual?

2. La responsabilidad civil en el sistema jurídico ecuatoriano

El CC ecuatoriano prescribe tres principales cuasicontratos en el artículo 2185: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.[2] La nomenclatura de "principales" [3] en el artículo *eiusdem*, deja en manifiesto que existen otros cuasicontratos innominados dispersos en nuestra legislación.[4] No obstante, se analizarán únicamente los cuasicontratos nominados. Aquellos se encuentran regulados en el Libro IV, Título XXXII, del artículo 2184 hasta el 2213.

El CC regula la división clásica de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual o aquiliana. El Título XXXIII del Libro IV respecto a los delitos y cuasidelitos, regula la responsabilidad extracontractual, el cual refleja la intención del legislador de la restricción de este tipo de responsabilidad a la ocurrencia de delitos y cuasidelitos. A su vez, el Título XII del Libro IV, respecto del efecto de las obligaciones, regula la responsabilidad contractual, evidenciando la amplitud de la aplicación de este régimen, sin delimitarlo explícitamente a las relaciones contractuales, sino obligacionales en sentido genérico.

También, la jurisprudencia ecuatoriana se ha manifestado sobre el alcance de ambos regímenes de responsabilidad. Así ocurrió en los casos *Tito Yépez Jiménez c. World Vacation Wortion S.A. y Time Sharing S.A.*[5] y en *Víctor Andrade Carrillo c. Willian Javier Saltos y Jackita Montenegro*,[6] donde la ex Corte Suprema de Justicia opinó sobre el tema en cuestión, dando luces respecto al criterio predominante sobre la materia en Ecuador. De igual forma sucedió posteriormente en una sentencia de la Corte Nacional de Justicia en el caso *María Josefa Cabrera Delgado c. Rosa Imelda Cabrera y Benjamín Molina Tapia*.[7] Lo expresado en cada fallo será analizado con posterioridad, con el objeto de develar la cuestionable posición de la jurisprudencia nacional en cuanto a la división clásica de la responsabilidad.

2 Artículo 2185, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

3 Art. 2185, CC: "Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad".

4 A saber, el depósito necesario en manos de un incapaz es un ejemplo de cuasicontrato innominado: "Art. 2143.- El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario, sin la autorización de su representante legal".

5 Juicio No. 142-2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de septiembre de 2001, párr. 11.

6 Juicio No. 56-2004, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 25 de febrero de 2005, párr. 5.

7 Juicio No. 17711-2014-0540, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 26 de noviembre de 2014, párr. 6.3.

3. Teorías de responsabilidad

La institución jurídica de la responsabilidad tiene, al menos, tres distintas formas de clasificación: (i) por su objeto: civil y penal; (ii) por el rol que asume la culpa como elemento de la responsabilidad: subjetiva y objetiva; y (iii) por su fundamento: contractual y extracontractual. Esta última constituye una de las clasificaciones más importantes de la responsabilidad, por ello en el presente trabajo se analizarán y cuestionarán las teorías que han explicado esta categorización. De esa manera, se revisarán las doctrinas que delimitan el alcance de cada una de ellas, estudiando a fondo principalmente, el elemento generador de la responsabilidad contractual y la extracontractual. Lo anterior se observará para determinar cuál de ellos resulta aplicable para el incumplimiento cuasicontractual.

Teniendo en cuenta que existen diversas teorías sobre el alcance de la dualidad de regímenes de responsabilidad, varios doctrinarios y juristas han expuesto sus criterios al respecto. Primero, en relación con la discusión acerca de la procedencia de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, Joaquín Llambías[8] y René Abeliuk[9] comparten un criterio similar, pues para ellos esta surge ante la comisión de delitos y cuasidelitos civiles. Por otro lado, Arturo Vodanovic[10] y Hernán Corral Talciani,[11] justifican su existencia en un fundamento general: la ausencia de una obligación previa como presupuesto de este régimen.

Segundo, sobre las teorías de la responsabilidad contractual, Abeliuk,[12] Vodanovic[13] y Corral Talciani[14] concuerdan en que el presupuesto para la procedencia de esta institución es la presencia de un vínculo obligacional previo. Sin embargo, Llambías discrepa de esta aseveración y su interpretación resulta más restrictiva, ya que, para dar paso a este tipo de responsabilidad, él considera necesaria una relación contractual específicamente.

Es con base en esta distinción –caracterizada por el origen de cada tipo de responsabilidad– donde cabe la discusión acerca de la regulación que rige a las obligaciones cuasicontractuales. Al respecto, pocos han sido los autores que han abordado las teorías de responsabilidad que incluyan al incumplimiento cuasicontractual dentro de alguna de las categorías jurídicas mencionadas. No obstante, entre ellos, se estudiará la tesis expuesta por Corral Talciani referente al derecho común en materia de responsabilidad aplicable a las obligaciones

8 Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1997), 62.
9 René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones. Tomo I* (Chile: Editorial jurídica de Chile, 2009), 124.
10 Arturo Vodanovic Haklicka, *Curso de Derecho Civil, Tomo III* (Chile: Nascimento, 2006), 196.
11 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Chile: Thomson Reuters, 2003). 25.
12 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 124.
13 Vodanovic, *Curso de Derecho Civil*, 196.
14 Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil,* 25.

no convencionales, en la cual, efectivamente, la regla general es la aplicación del régimen contractual y, por ende, la excepción es la aplicación de las normas de la responsabilidad aquiliana. En ese sentido, Arturo Alessandri Rodríguez[15] y Luis Díez-Picazo,[16] estudiando el derecho chileno y español respectivamente; junto con Velásquez Posada,[17] analizando la normativa colombiana; llegan a la misma conclusión respecto de la responsabilidad aplicable a las obligaciones cuasicontractuales, a pesar de usar criterios y razonamientos distintos. Finalmente, también se analizará la doctrina francesa explicada por Henri Mazeaud[18] con base en la reglamentación del CC francés, quien tiene un argumento contrario a la tesis expuesta por Corral Talciani.

4. Los cuasicontratos en el Código Civil y su naturaleza jurídica

4.1. Definición del cuasicontrato

Diversos ordenamientos jurídicos han optado por la división clásica de las fuentes de las obligaciones, tomando como ejemplo lo establecido por los glosadores medievales, enumerando como tales al: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito civil y, posteriormente, agregando la ley a esta clasificación.[19] Siguiendo esta línea, el artículo 2184 del CC ecuatoriano establece las diversas fuentes de obligaciones en nuestro sistema, definiendo al cuasicontrato como: "[l]as obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes […] si el hecho del que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato".[20]

Varios doctrinarios tanto nacionales como internacionales, a saber: Luis Parraguez, Luis Claro Solar y Ramón Meza Barros; han emitido sus propias definiciones del cuasicontrato, así como también, críticas y comentarios acerca de esta figura, en la que se cuestiona y resalta el papel del consentimiento, intención o voluntad, porque "[…] en los cuasicontratos resulta obligada una persona sin que su voluntad haya intervenido o se haya incluso manifestado en contrario".[21] En ese sentido, Parraguez define al cuasicontrato como: "un hecho voluntario y lícito del hombre, que genera obligaciones independientemente de la intención de su autor",[22] resaltando el factor de la ausencia de intención. Claro Solar, por su parte, considera que el cuasicontrato es:

15 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 35

16 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños* (España: Civitas, 1999), 264.

17 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual* (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 49.

18 Henri Mazeaud, "Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle", *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1929), 551.

19 Abeliuk, *Las Obligaciones,*104.

20 Artículo 2184, CC.

21 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 109.

22 Luis Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones* (Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000), 76.

"[e]l hecho voluntario de una persona, que lo obliga respecto de otra persona, o que puede obligar a ésta sin que haya prestado su consentimiento".[23] Finalmente, Meza Barros define a esta fuente como un hecho lícito no convencional que genera obligaciones.[24] Todas estas definiciones, aluden a uno de los principales elementos diferenciadores de esta figura con el contrato: la carencia de un acuerdo de voluntades. Por último, cabe también destacar la licitud como presupuesto del cuasicontrato. Aquello lo diferencia de los delitos y cuasidelitos civiles.

4.2. Los cuasicontratos nominados en Ecuador

El primer cuasicontrato materia del presente análisis es la agencia oficiosa. El artículo 2186 del CC también lo denomina gestión de negocios ajenos, mediante el cual, el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con esta y la obliga en ciertos casos.[25] A lo largo del parágrafo 1º del Título XXXII se regulan las obligaciones derivadas de esta relación, entre el agente y el interesado. El segundo cuasicontrato por estudiarse es el pago de lo no debido. El artículo 2195 prescribe la obligación de restitución para quien recibe un pago que no se le debía.[26] Por último, la comunidad se regula en el parágrafo 3º del Título XXXII y se define en el artículo 2204 de la siguiente manera: "[l]a comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato".[27]

4.3. Hipótesis de incumplimiento cuasicontractual

El propósito de este enunciado es enmarcar al lector en las posibles hipótesis, que a modo de ejemplo servirán como base para el entendimiento de los supuestos en los que procedería la responsabilidad civil cuasicontractual. Los cuasicontratos, a pesar de no referir un acuerdo de voluntades previo, presuponen una relación obligacional entre sujetos. Dentro de este vínculo jurídico creado como consecuencia de un hecho voluntario de una de las partes, se generan obligaciones que deben ser cumplidas. Sin embargo, puede ocurrir el caso en el que, al igual que en los contratos, esas obligaciones no se cumplan. Precisamente en ese punto se circunscribe el presente estudio, por lo que a continuación se enunciarán algunos casos de incumplimiento cuasicontractual.

23 Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago de Chile: Nascimento, 1937), 521.
24 Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil de las Obligaciones* (Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007), 12.
25 Artículo 2186, CC.
26 *Id*. Artículo 2195.
27 *Id*. Artículo 2204.

El CC prescribe que las obligaciones del agente dentro de la agencia oficiosa son las mismas del mandatario.[28] Por ende, el agente oficioso queda generalmente obligado a emplear en su gestión los cuidados de un buen padre de familia.[29] De igual manera, deberá encargarse de todas las dependencias del negocio y continuar con la gestión hasta que el interesado pueda tomarla o encargarla a otro.[30] Las obligaciones emanadas de la agencia oficiosa no recaen únicamente sobre el agente, sino también sobre el interesado. En ese sentido, el interesado está obligado al reembolso para con el agente de las expensas útiles y necesarias. Así, puede ocurrir que tanto el interesado como el agente, incumplan con estas obligaciones generando daños en detrimento del otro, siendo procedente la aplicación del régimen de responsabilidad civil.

En el pago de lo no debido, la obligación prescrita para quien se le ha pagado por error y se ha probado que no se le debía dicho pago, es la restitución de este.[31] De esa forma, puede suceder que esta obligación sea incumplida y genere perjuicios en el marco de la relación jurídica que ya ha sido creada por ocurrencia del error. Así, el parágrafo 2º del Título XXXII prescribe la hipótesis de una demanda por la restitución —el cumplimiento de la obligación— entre quien pagó por error y quien recibió ese pago.

En el cuasicontrato de comunidad, cada comunero está obligado a pagar las deudas de la cosa común, contribuir en las obras, realizar las reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota y restituir a la comunidad lo que retira de ella.[32] De ese modo, en este vínculo obligacional que existe entre cada comunero, puede ocurrir el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, de modo que, al generar daños, podría derivar en un contexto de responsabilidad civil.

5. Un contraste entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual

5.1. Fundamentos de distinción

Existen elementos y características que permiten diferenciar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual; sin embargo, se observarán las principales a continuación.

La mora es uno de los fundamentales diferenciadores entre ambas responsabilidades. Espinoza se refiere a la mora como: "[u]na situación jurídica, siendo el

28 *Id*. Artículo 2187.
29 *Id*. Artículo 2188.
30 *Id*. Artículo 2189.
31 *Id*. Artículo 2195.
32 *Id*. Artículo 2208.

efecto legal automático del pedido de cumplimiento ante el retardo imputable al deudor o acreedor".[33] Por esta razón, la procedencia de este presupuesto en la responsabilidad contractual tiene sentido, pues desde la constitución en mora, el deudor responde por los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación.[34] De esa manera, para Hinestrosa la mora resulta "indispensable desde el punto de vista de la responsabilidad y, particularmente, del derecho a indemnización",[35] por cuanto la constitución en mora sirve como punto referencial para determinar el momento desde el que se debe la indemnización. Esto no ocurre en la responsabilidad aquiliana, donde la constitución en mora no procede, porque se debe la indemnización desde la ocurrencia del mismo hecho dañoso[36] y debido a la ausencia de una obligación previa entre la víctima y el deudor.

Asimismo, la culpa es un factor sustancial de la responsabilidad civil que diferencia a la extracontractual de la contractual, ya que, respecto de esta última, la gradación es trascendental por su naturaleza. Al respecto, Meza Barros señala que "[l]a culpa contractual admite gradaciones: puede ser grave, leve o levísima. La culpa extracontractual no admite gradaciones […]".[37]

La gradación de la culpa varía dependiendo del beneficio obtenido por las partes respecto de la utilidad y beneficio de las obligaciones de por medio:

> Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.[38]

Al contrario, en la responsabilidad extracontractual, no es procedente la gradación de culpas ya que "[…] la culpa por más leve que sea da lugar a la responsabilidad extracontractual".[39]

Además, la culpa se presume en la responsabilidad contractual. De esa manera, el artículo 1563 del CC prescribe, "[…] la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".[40] Mientras que, en la responsabilidad aquiliana, la regla general obedece a que la culpa del deudor debe ser probada por la víctima.[41]

33 Juan Espinoza Espinoza, "La mora", *Themis Revista de Derecho* (2015): 231, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15596.
34 Artículo 1573, CC.
35 Fernando Hinestrosa, "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", *Revista de Derecho Privado* No. 36. (2018): 13, https://doi.org/10.18601/01234366.n36.01.
36 Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil,* 29.
37 Meza Barros, *Manual de Derecho Civil*, 123.
38 Artículo 1563, CC.
39 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 132.
40 Artículo 1563, CC.
41 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I.* (Bogotá: Legis, 2017), 201.

En cuanto a la capacidad, en materia de responsabilidad contractual, corresponde a la capacidad general para obligarse. A diferencia de la capacidad aquiliana que tiene reglas específicas previstas en el artículo 2219, el cual prescribe que "no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni dementes".[42] Según Abeliuk, esta diferenciación se justifica ya que es más fácil distinguir lo lícito de lo ilícito, que responder de los daños por el incumplimiento.[43] Por último, es menester referirse a la prescripción. La acción de indemnización por incumplimiento de una obligación obedece a la regla general, es decir, diez años desde que la obligación se hizo exigible.[44] En cambio, el artículo 2235 *eiusdem* prescribe una regla especial respecto de la acción por responsabilidad extracontractual: las acciones por un daño derivadas de la comisión de un delito o cuasidelito civil prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto dañoso.[45]

Como se ha revisado, existen varios fundamentos de distinción dentro de este tópico. Entre ellos, las principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual se centran en: (i) la mora; (ii) la culpa; su gradación y su presunción; (iii) la capacida; y (iv) la prescripción. Todos estos elementos diferenciadores son importantes —aunque no únicos— para el estudio de la responsabilidad aplicable al incumplimiento cuasicontractual, tomando como base la reglamentación del CC sobre los cuasicontratos. Sin embargo, el elemento diferenciador que corresponde estudiar a profundidad se da por el fundamento, el origen o la procedencia de cada una de las responsabilidades, lo cual se tratará en la siguiente sección.

5.2. Discusión sobre el alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual

Existe un debate respecto del ámbito de cobertura, tanto de la responsabilidad contractual como de la aquiliana. Este disentimiento obedece al origen y alcance de cada tipo de régimen. En ese sentido, se discute si la primera abarca únicamente al incumplimiento de obligaciones contractuales en concreto, o si engloba al incumplimiento de obligaciones resultantes de un vínculo jurídico previo, independientemente de la fuente; y, en cuanto a la responsabilidad extracontractual, quedan dudas sobre si aquella comprende específicamente la comisión de delitos o cuasidelitos, o si se deriva de cualquier fuente obligacional que no sea un contrato.

Con respecto a la responsabilidad extracontractual, para Llambías es la que proviene de la infracción de cualquier otro deber jurídico en que se hubiere

42 Artículo 2219, CC.
43 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 579.
44 Artículo 2415, CC.
45 *Id.* Artículo 2235.

incurrido y en especial por los hechos ilícitos cometidos por ellos.[46] Por tanto, este tipo de responsabilidad abarcará exclusivamente a los delitos y cuasidelitos. En cambio, Vodanovic considera que esta responsabilidad "es la que incide en un hecho delictuoso sin que exista un vínculo preexistente".[47] En ese sentido coincide Corral Talciani apegándose a la tesis clásica de la responsabilidad extracontractual. En esta "no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir".[48] En concordancia con lo señalado por Vodanovic y Corral Talciani, la característica fundamental para saber si se está frente a la responsabilidad aquiliana, es el hecho de saber que no hay obligación preexistente entre la víctima y el deudor. Lo anterior va de la mano con lo señalado por Abeliuk con respecto a este tipo de responsabilidad: "el hecho ilícito da, en cambio, nacimiento a una obligación que antes de él no existía".[49] A pesar de no ser incompatibles la tesis de Llambías con las de Vodanovic y Corral Talciani, no queda claro si la responsabilidad aquiliana tiene un carácter residual al de la responsabilidad contractual, o si es prescindible la comisión de un delito o cuasidelito, necesariamente.

Por otro lado, respecto a la responsabilidad contractual, Llambías indica que aquella proviene del incumplimiento de un contrato celebrado.[50] De esa forma, este le otorga un alcance estricto que abarca exclusivamente el incumplimiento de una obligacion contractual preexistente. Abeliuk, Vodanovic y Corral Talciani asienten a la conceptualización anterior, pero la amplían manifestando que este tipo de responsabilidad supone la existencia de un vínculo jurídico obligacional previo —no necesariamente un contrato— ante cuya violación resulta el deber de indemnizar.[51] El alcance que la doctrina mayoritaria asigna a la responsabilidad contractual es extenso, sin limitarse estrictamente a una relación contractual previa. Basta con que haya una obligación anterior al daño —sea cual sea la fuente según esta teoría— para que se considere procedente la responsabilidad contractual.

En definitiva, si bien existen teorías que restringen el ámbito de la responsabilidad contractual y aquiliana, la opinión predominante sobre su alcance es explicada por Arturo Alessandri y Meza Barros:

> […] los autores entienden que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior y se genera entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción; en cambio, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación previa, se produce entre personas

46 Llambías, *Tratado de Derecho Civil,* 62.
47 Vodanovic, *Curso de Derecho Civil,* 196.
48 Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 25.
49 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 578.
50 Llambías, *Tratado de Derecho Civil*, 62.
51 Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 25.

> hasta entonces jurídicamente extrañas (por lo menos en cuanto al hecho de que deriva), y es ella la que crea la obligación de reparar el daño.[52]

En concordancia con la tesis mayoritaria, ¿qué sucedería, entonces, con el incumplimiento cuasicontractual? Si se considera que la responsabilidad aquiliana tiene como presupuesto necesario la ausencia de un vínculo jurídico preexistente, el incumplimiento cuasicontractual no podría enmarcarse en esta categoría, dado que ya existe una relación jurídica previa al daño. Esto, por cuanto no se trata de personas jurídicamente extrañas, dado que existen obligaciones emanadas del cuasicontrato. En consecuencia, el incumplimiento cuasicontractual estaría regulado por el régimen de responsabilidad contractual, pues efectivamente hay un vínculo obligacional previo, cuyo incumplimiento merece ser sancionado.

5.3. La responsabilidad contractual y aquiliana en la jurisprudencia ecuatoriana

El criterio de los tribunales judiciales ecuatorianos ha evolucionado con cierto grado de uniformidad con relación al alcance de las responsabilidades. De esa manera, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Tito Yépez Jiménez c. World Vacation Wortion S.A. y Time Sharing S.A.* en el año 2001, se limitó a citar al tratadista Arturo Alessandri Rodríguez al considerar el origen de cada tipo de responsabilidad materia de estudio. Primero, se refirió al alcance de la responsabilidad aquiliana:

> La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima y el autor del daño […] la responsabilidad delictual o cuasidelictual es, por lo mismo, fuente de obligaciones; con anterioridad no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera.[53]

De esta manera, se resaltó la procedencia de la responsabilidad extracontractual condicionada a la ausencia de un vínculo obligacional preexistente.

En cuanto a la responsabilidad contractual, se manifestó que aquella "supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción".[54] El alcance que se da a este tipo de responsabilidad presupone la existencia de una relación obli-

52 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual,* 35 y Meza Barros, *Manual de Derecho Civil:* 250.
53 Juicio No. 142-2001, párr. 11.
54 *Ibid.*

gacional previa, sin limitarse exclusivamente al contrato en específico. Por consiguiente, bien podría incluirse en esta categoría el incumplimiento cuasicontractual.

Sin embargo, posteriormente, al analizar el caso concreto, el Tribunal restringe este tipo de responsabilidad a las obligaciones originadas de un vínculo contractual necesariamente, al señalar: "[e]l actor […] confunde la naturaleza de la responsabilidad que nace de un cuasidelito, o sea extracontractual, con la responsabilidad contractual, que se origina en la celebración de un contrato o convención".[55] Así, el Tribunal deja abierta la discusión sobre cuál es el criterio definitivo acerca del alcance de la responsabilidad contractual.

Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia en el año 2005, adoptó la postura precedente al indicar que: "[e]n la responsabilidad contractual, el responsable y la víctima estaban ligados por un contrato, existía una obligación entre ellos, y por el incumplimiento de esa obligación el acreedor pide reparación al deudor".[56] De esa forma, la Corte se inclina por la postura restrictiva de la responsabilidad contractual. En ese sentido, también se pronunció acerca de la responsabilidad aquiliana, reiterando la postura optada en el año 2001, resaltando el presupuesto de la necesaria carencia de un vínculo obligacional previo para que proceda este tipo de régimen.

Por último, en el año 2014, la Corte Nacional de Justicia confirmó el criterio adoptado por la ex Corte Suprema en el año 2005, cuya conclusión se relaciona a la procedencia de la responsabilidad civil de manera genérica, al establecer: "[…] tal responsabilidad proviene de la violación de un contrato, de la comisión de un delito o cuasidelito civil o de un delito o cuasidelito penal o de la ley".[57] Cabe mencionar que los tribunales judiciales no han basado sus conclusiones en los preceptos del CC al momento de analizar el alcance de los regímenes de responsabilidad contractual y aquiliana, puesto que en más de una ocasión se han limitado a citar doctrina únicamente. De igual manera se observa que la jurisprudencia ecuatoriana no ha otorgado una respuesta a la pregunta que nos ocupa: ¿cuál es el régimen aplicable en materia de responsabilidad ante daños resultantes del incumplimiento cuasicontractual? Puesto que, el consenso jurisprudencial, restringe la responsabilidad contractual a la existencia de un contrato previo y hace procedente a la responsabilidad aquiliana únicamente ante la comisión de delitos y cuasidelitos civiles. De esa manera, el incumplimiento cuasicontractual no se enmarca en ninguna de las dos hipótesis, existiendo un vacío en cuanto al régimen aplicable.

55 Juicio No. 142-2001, párr. 12.
56 Juicio No. 56-2004, párr. 5.
57 Juicio No. 17711-2014-0540, párr. 6.3.

5.4. Un acercamiento hacia la responsabilidad cuasicontractual

Algunos autores han propuesto teorías con el objetivo de dar por terminada la discusión acerca del ámbito de cobertura de la responsabilidad contractual y aquiliana, para de esa manera determinar el régimen aplicable al incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales. Al respecto, se ha discutido la tesis del "derecho común en materia de responsabilidad", mencionada por Luis Claro Solar, Abeliuk y Corral Talciani, la cual prevé que la regla general en cuanto a la responsabilidad son las reglas de la contractual.

Adriano de Cupis señala que "[…] en la denominación de daño contractual debe considerarse todo incumplimiento de una obligación preexistente, aunque no sea de origen contractual".[58] Sobre la base de esta tesis, el incumplimiento de las obligaciones cuasicontractuales se rige por los principios y criterios normativos que regulan la responsabilidad contractual.[59]

Esta teoría se sustenta en el CC chileno –siendo muy similar al ecuatoriano–, específicamente en los artículos que prescriben la gravedad de la culpa en obligaciones legales y cuasicontractuales.[60] Como resultado de la aplicación de esta teoría, la responsabilidad aquiliana constituiría la excepción. Por tanto, al ser la responsabilidad contractual la regla general, la vulneración de obligaciones cuasicontractuales se encasilla en esta categoría.

En ese sentido coinciden Alessandri Rodríguez y Velásquez Posada. Por un lado, Alessandri sustenta esta tesis mencionando explícitamente la categoría a la que pertenece el incumplimiento cuasicontractual: "[l]a infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los artículos 2314[61] y siguientes del Código Civil".[62] Por su parte, Velásquez expone otro razonamiento, no obstante que llega a la misma conclusión que Alessandri:

> Los deberes jurídicos pueden ser genéricos o concretos. Si se considera que el daño es consecuencia de la violación de un deber jurídico concreto, la responsab-

58 Adriano De Cupis, trad. Martínez Sarrión, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Editorial Bosch, 1975), 133.

59 Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 40.

60 Art. 2288. Debe en consecuencia emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; pero su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión. Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve; salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responderá de toda culpa.

61 Este artículo equivale al artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". Referente a la responsabilidad cuasicontractual regulada por dicho cuerpo normativo.

62 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual,* 45.

> ilidad será contractual, si es de la violación o incumplimiento de un deber genérico (abstracto), la responsabilidad será extracontractual. Esta concepción implica que la responsabilidad contractual no nace exclusivamente del incumplimiento de obligaciones surgidas en una relación contractual, sino también en el incumplimiento de obligaciones nacidas de actos unilaterales como los cuasicontratos o de obligaciones legales, como ocurre cuando un mandatario excede los límites del mandato.[63]

De esa manera, quedan claras las posturas que circunscriben al quebrantamiento de una obligación surgida por un cuasicontrato dentro de la regulación del régimen de responsabilidad contractual. Por cuanto: (i) aquella es la regla general en materia de aplicación de responsabilidades; y (ii) las obligaciones cuasicontractuales son en sí deberes jurídicos concretos en concordancia con lo señalado por Velásquez, siendo su incumplimiento un presupuesto para la aplicación de la responsabilidad contractual.

Por otro lado, en la doctrina francesa prevalece la tesis contraria, en la que la responsabilidad aquiliana es la regla general.[64] La razón de ser de esta teoría se basa en la estructura y contenido del CC francés. El Libro III contiene, por un lado, el Título III, donde se regulan las obligaciones contractuales y la responsabilidad contractual, en el capítulo III, sección 4: "[d]e las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas del incumplimiento de la obligación". En cambio, el Título IV del mismo Libro reglamenta lo concerniente a "las obligaciones que se contraen sin convención", respecto de la responsabilidad aquiliana. De ese modo, la normativa francesa deja en expreso la limitación de la responsabilidad contractual a las obligaciones contractuales y la amplitud de la responsabilidad aquiliana, la cual abarca a toda obligación no convencional. Por consiguiente, es entendible que en Francia prevalezca la idea de que el régimen extracontractual constituya la responsabilidad común, dado que el Código francés es cuidadoso y prolijo al regular y diferenciar el alcance de cada régimen de responsabilidad.

Lo anterior, no ocurre en lo prescrito por el CC español ni el chileno y, por ende, tampoco en lo normado por el CC ecuatoriano, pues en ellos se regula la responsabilidad contractual aplicada abstractamente a las relaciones obligacionales, sin referencia alguna a su fuente. Al respecto, el CC español prescribe en el Libro Cuarto: "De las obligaciones y contratos", bajo el Capítulo 2 "de la naturaleza y efecto de las obligaciones" y, en concreto, el artículo 1101 señala que, "[q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas".[65] En base a esta reglamentación, la regulación pertinente a la res-

63 Velásquez, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 49.
64 Mazeaud, "Responsabilité", 551.
65 Artículo 1101, Código Civil de España. Gaceta de Madrid No. 206. 27 de julio de 1889.

ponsabilidad contractual resultaría ser aplicable de manera genérica. En este sentido, la situación bajo el CC chileno es parecida[66] y, en consecuencia, tiene igual tratamiento bajo la normativa ecuatoriana, la cual se analizará a fondo con posterioridad.

Sobre la base de esta idea, Díez-Picazo indica la tendencia existente hacia la redefinición de la responsabilidad contractual, donde cabe el supuesto de incumplimiento cuasicontractual, ya que se pretende extender el campo de aplicación de la responsabilidad contractual "englobando en ella los daños que puedan surgir como consecuencia del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual, pero previamente existentes entre las partes como vínculos jurídicos, por ejemplo, el condominio".[67]

Es por este motivo que existe la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico se adapte a la teoría chilena y española expuesta por: Alessandri, Velásquez Posada, Corral Talciani y Díez-Picazo. Sin embargo, antes de adelantar este criterio, es importante analizar específica y detenidamente las normas que regulan la responsabilidad civil y los cuasicontratos para determinar si verdaderamente es aplicable la teoría expuesta, en Ecuador.

6. La responsabilidad civil aplicable ante el incumplimiento cuasicontractual según la normativa ecuatoriana

6.1. Indicios del Código Civil

En esta sección se realizará un recorrido por las normas del CC, con el objetivo de identificar el tipo de responsabilidad aplicable al incumplimiento cuasicontractual, comenzando por el análisis textual previsto para la reglamentación de la dualidad de regímenes de la responsabilidad civil. En ese sentido, el Título XII prescribe el "Efecto de las Obligaciones", el cual regula la responsabilidad contractual. Sin embargo, como se indicó, la normativa nacional no ha restringido los efectos establecidos en esta sección para las obligaciones contractuales en concreto, como lo han hecho otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del CC francés. De manera que no se puede asumir vagamente que lo establecido en esta sección no sea pertinente a la responsabilidad contractual. Únicamente se subsume a obligaciones originadas por un vínculo contractual, puesto que de la literalidad del Título XII se desprende una reglamentación amplia para las obligaciones de manera genérica.

66 *Ver*, Código Civil de la República de Chile: Libro Cuarto, Título XII Del efecto de las obligaciones, Ley 21264. 2000, modificado por última vez el 11 de septiembre del 2020.

67 Díez-Picazo, *Derecho de Daños,* 264.

Por otro lado, el Título XXXIII prescribe "De los delitos y cuasidelitos", atendiendo a la responsabilidad extracontractual o aquiliana. El artículo inicial de este Título establece: "[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la Indemnización […]".[68] De lo anterior, se evidencia la restricción de la aplicación de este tipo de responsabilidad a la comisión de delitos y cuasidelitos civiles únicamente. Aquello descarta el carácter residual que ciertos doctrinarios suelen atribuir a la responsabilidad aquiliana, pues, de acuerdo con la norma, no cabe interpretar la aplicación de este régimen a toda obligación que no sea contractual. De acuerdo con una revisión textual de la estructura de la dualidad de responsabilidades, se puede concluir, de manera inicial, que el incumplimiento cuasicontractual parecería estar normado bajo las reglas del Título XII, atendiendo a la responsabilidad contractual.

Otro fundamento previamente mencionado que distingue a ambas responsabilidades, es la capacidad. El artículo 2219 del CC prescribe reglas de capacidad especiales aplicables a la responsabilidad aquiliana. De esa manera, este artículo señala: "[n]o son capaces de delito o cuasidelito […]",[69] comprobando nuevamente que la normativa prescrita para la responsabilidad civil extracontractual es aplicable y restringida exclusivamente a la comisión de delitos y cuasidelitos, no siendo posible su empleo a otro tipo de obligaciones emanadas de una fuente distinta.

Al efectuar un acercamiento hacia los elementos de la responsabilidad, cabe hacer el análisis del hecho antijurídico. El CC no prescribe expresamente este elemento; sin embargo, los artículos 2214 y 1572 permiten inferir cuál es el hecho antijurídico en cada tipo de responsabilidad. Respecto al artículo 2214, queda claro que el hecho que da paso a la responsabilidad aquiliana es la comisión del delito o cuasidelito.[70] Con relación al artículo 1572, se entiende que el hecho antijurídico de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de la obligación, siendo la mora la situación que otorga el derecho de reclamar esta responsabilidad, en concordancia con el artículo 1573: "[s]e debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención".[71]

Si bien se podría considerar que el supuesto de ilicitud en el incumplimiento del contrato resultaría diferente al derivado de un cuasicontrato, esto sería incorrecto, pues los elementos del hecho ilícito contractual pueden ser aplicados y/o contrarrestados en el incumplimiento cuasicontractual. Estos elementos son: (i) un contrato válido; (ii) culpa; y (iii) mora.[72] La exigencia de

68 Artículo 2214, CC.
69 *Id*. Artículo 2219.
70 *Id*. Artículo 2214.
71 Artículo 1573, CC.
72 Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 95.

un contrato válido radica en la necesidad de justificar la procedencia y fuente de las obligaciones que son incumplidas. Así lo entiende Bustamante cuando señala que "[e]l contrato debe ser válido, si así no fuera no habría obligación alguna que tuviese su fuente en el mismo".[73] Este requisito no va a ser necesario para respaldar la antijuridicidad en el incumplimiento cuasicontractual, dado que las obligaciones de él derivadas son válidas por el hecho de estar prescritas como tales por la ley, ante la ocurrencia del hecho voluntario de una de las partes. En cuanto a la culpa, Bustamante considera que "[l]a culpa en el incumplimiento contractual se manifiesta por el daño causado al acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido".[74] De esa forma, este elemento se adapta plenamente al supuesto cuasicontractual, dado que será suficiente la exteriorización del daño derivado del incumplimiento para que medie la culpa.

Respecto a la mora, el CC prescribe su aplicación de la siguiente manera:

> Art. 1567.- El deudor está en mora:
> 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
> 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.[75]

De esa manera cabe preguntarse, ¿hay mora en las obligaciones cuasicontractuales? Claramente sí. En primer lugar, en una relación en donde medie un cuasicontrato hay necesariamente un deudor. En segundo lugar, el Código no limita la procedencia de la mora a ningún tipo especial de obligaciones con relación a su fuente, y al ser las de un cuasicontrato: positivas, de dar y hacer como se observó en el subtítulo "4.3. Hipótesis de incumplimiento cuasicontractual", su naturaleza y la susceptibilidad de aquellas de ser incumplidas tienen como consecuencia que el elemento de la mora pueda estar presente. En tercer lugar, al subsumir el incumplimiento cuasicontractual al artículo citado, el deudor de una obligación derivada de un cuasicontrato incurrirá en mora, por regla general, al momento del requerimiento judicial por parte del acreedor. Por consiguiente, el quebrantamiento de una obligación cuasicontractual es efectivamente el hecho antijurídico y la mora el supuesto previo para el reclamo de la responsabilidad, coincidiendo una vez más en uno de los elementos de la responsabilidad contractual.

Como se indicó previamente, otro de los componentes que diferencia a la

73 *Ibid.*
74 *Ibid.*, 96.
75 Artículo 1567, CC.

dualidad de regímenes, es la culpa y su gradación. Al respecto, la culpa se define doctrinariamente como "la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación. En el primer caso, la culpa es extracontractual, delictual o aquiliana, y en el segundo es contractual".[76] El CC ecuatoriano no ha definido a la culpa en expreso, limitándose a hacer una triple gradación entre: grave, leve y levísima a propósito de la culpa contractual;[77] no obstante, esta diferenciación no aplica en materia delictual. Es respecto a la culpa y su gradación donde se encuentra el mayor indicio de aplicación de la responsabilidad contractual a las obligaciones cuasicontractuales. Por cuanto, los artículos 2188 y 2208 del Código *id.* admiten la gradación de culpas en la agencia oficiosa y la comunidad respectivamente:

> Art. 2188.- Debe, en consecuencia, emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; pero su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión.
> Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve; salvo que se haya ofrecido a tomarla, impidiendo que otros la tomasen; pues en este caso responderá de toda culpa.[78]
>
> Art. 2208.- Cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella, inclusos los intereses corrientes de los dineros comunes que hubiese empleado en sus negocios particulares; y es responsable hasta de la culpa leve por los daños que hubiese causado en las cosas y negocios comunes.[79]

En consecuencia, se evidencia una vez más la aplicación de preceptos propios de la responsabilidad contractual a las relaciones cuasicontractuales.

7. Conclusión

La discusión doctrinaria que se enmarca alrededor del alcance de la división clásica de responsabilidades ha sido extensa y reñida. Asimismo, este debate ha dejado un vacío legal que se encuentra no solo en el ordenamiento jurídico nacional, sino en el sistema como tal. Como se ha señalado, han pasado décadas y la jurisprudencia no ha podido otorgar una opinión firme y definitiva que resuelva esta discusión, puesto que el razonamiento utilizado para alcanzar su criterio no ha incluido un análisis concreto de la norma que permita justificar su postura en conjunto con los preceptos del CC. Por otro lado, a pesar de que se ha llegado a una especie de consenso doctrinario y se ha alcanzado una opinión mayoritaria acerca de la delimitación de la responsabilidad

76 Abeliuk, *Las Obligaciones,* 131.
77 Artículo 1563, CC.
78 *Id.* Artículo 2188.
79 *Id.* Artículo 2208.

contractual y extracontractual, la escasa aplicación práctica de esos preceptos hace difícil la tarea de determinar la responsabilidad aplicable al incumplimiento cuasicontractual.

Por su parte, el CC tampoco regula de manera explícita la amplitud de ambas instituciones, mucho menos los elementos constitutivos de cada una, por lo que no otorga una solución en concreto acerca de la problemática expuesta. Sin embargo, es posible inferirla, pues el Código ha dado luces que guían hacia la respuesta que se busca en el presente trabajo. En ese sentido, se han encontrado en la normativa distintos elementos propios de la responsabilidad contractual que resultan aplicables a las obligaciones cuasicontractuales, entre los que se ha visto: (i) el hecho antijurídico; (ii) la constitución en mora de las obligaciones cuasicontractuales; (iii) las reglas de la capacidad; y, (iv) la gradación de la culpa en los cuasicontratos. Además, también se tomó en cuenta la literalidad: tanto en la estructura, como en la normativa que regula el régimen contractual y extracontractual, donde se determinó que, bajo nuestro sistema, la responsabilidad contractual es de aplicación general y abarca los daños provenientes de cualquier incumplimiento, sea o no convencional. Esta premisa permite llegar a la conclusión de que ante daños resultantes del incumplimiento de un cuasicontrato se deben aplicar las reglas de la responsabilidad contractual. Posiblemente esto ocurre por la irónica similitud entre ambas figuras, a pesar de su criterio distintivo fundamental: la intención. Lo expuesto es concordante con las teorías modernas de responsabilidad que sugieren que el régimen común es el contractual, junto con la propuesta de una interpretación y aplicación extensiva de la responsabilidad contractual a las obligaciones cuasicontractuales y legales, tal como lo sugiere Díez-Picazo,[80] pues, de acuerdo con lo analizado, estas teorías encajan completamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde luego, esta posición deberá ser complementada con el análisis jurisprudencial ecuatoriano, respecto del ámbito de cobertura que abarca; tanto la responsabilidad contractual como la aquiliana, de manera que se pueda avanzar y determinar el tipo de régimen aplicable que se deriva del incumplimiento cuasicontractual. Esto, con el propósito de dejar un precedente que otorgue la seguridad jurídica a las cotidianas relaciones cuasicontractuales, pues la interpretación realizada de los preceptos del CC, junto con la coincidente opinión doctrinaria mayoritaria, necesitan de un sustento firme y de trascendencia jurídica para que pueda ser aplicado con certeza en la práctica.

80 Díez-Picazo, *Derecho de Daños,* 264.



USFQ_LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La preservación del bien religioso y el Estado de Derecho: contribuciones *jusfilosóficas* desde un acercamiento entre Finnis y Sen

The Preservation of Religious Good and the Rule of Law: Jusphilosophical Contributions from an Approach between Finnis and Sen

Matheus Thiago Carvalho Mendonça*
Lucas Oliveira Vianna**

Recibido / Received: 14/01/2021
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2151

Citación:
Carvalho Mendonça, M.T., Oliveira Vianna, L. «La preservación del bien religioso y el Estado de Derecho: contribuciones *jusfilosóficas* desde un acercamiento entre Finnis y Sen». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1*, mayo de 2021, pp. 51 - 68, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2151

* Investigador Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: tcarvalho@dr.com / thiago.matheus72010@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1094-1213

** Investigador Asistente del Programa de Pós-Graduação em Direito de la Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, Brasil. Correo electrónico: lucasoliveiravianna@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3975-7188

Resumen

La especulación sobre un orden metafísico irreductible a la experiencia individual es universal a la condición humana, manifestándose principalmente en creencias religiosas. Los panoramas teórico-filosóficos estructurados por John Finnis y Amartya Sen, son útiles para comprender este fenómeno y discernir su espacio apropiado en las comunidades humanas. El Estado de Derecho asume un papel clave en la gestión de este bien básico y, por lo tanto, debe preservar las condiciones de su florecimiento mediante una postura secular que reconozca la relevancia social de las diferentes visiones religiosas para la consecución del bien común de los seres humanos.

Palabras Clave

Religión; Libertades políticas; *Capability Approach*; John Finnis; Amartya Sen

Abstract

Speculation about a metaphysical order irreducible to individual experience is universal to the human condition, manifesting itself mainly in religious beliefs. The theoretical-philosophical panoramas structured by John Finnis and Amartya Sen are useful for the understanding of this phenomenon and for discerning its appropriate space in human communities. The rule of law assumes a key role in the management of this basic good, and, therefore, it must preserve the conditions of its flourishing through a secular posture that recognizes the social relevance of different religious visions for the attainment of the common good of human beings.

Keywords

Religion; Political Freedoms; Capability Approach; John Finnis; Amartya Sen

1. Introducción

Los defensores clásicos de la tesis de la secularización de las sociedades modernas sostenían que la religión se convertiría progresivamente en un registro antropológico de las comunidades primitivas, por ellas instrumentalizada como un mecanismo de control social y simbolización de lo sagrado.[1] En este contexto, el sociólogo Peter L. Berger, en la primera fase de su trabajo, apuntó a la religión como un hecho museológico, permaneciendo en sociedades no afectadas por el capital internacional, lo que la mantendría como un remanente del pasado.[2] En efecto, el proyecto de modernidad preveía la discontinuidad del fenómeno religioso, basado en el fundamento extra-religioso de la acción humana. En otras palabras, el destino de la humanidad sería vivir en una época "ajena a Dios y a los profetas"[3], en un contexto de creencia generalizada en la desaparición de la experiencia religiosa.

Sin embargo, a finales de la década de 1980, Berger, en una obra titulada "La desecularización del mundo", reconsideró su posición y afirmó que la religión no era solo un hecho indiscutible de su época, pero también que se convertiría en un tema importante en el siglo siguiente.[4] En esta línea, Berger continúa sosteniendo que la comprensión de la religión como mera herramienta de control social y representación estética de lo sagrado es una clave hermenéutica inadecuada para la valoración del itinerario histórico de la humanidad.

En este contexto, el propósito principal de este ensayo es la protección jurídica de los bienes religiosos y las libertades religiosas en las realidades jurídicas. Instrumentalizando la investigación bibliográfica como instrumento metodológico, la producción jusfilosófica de la teoría neoclásica de John Finnis fue elegida como marco teórico para apoyar las discusiones sobre la protección de la religión como un bien humano básico. Sin embargo, el enfoque de Amartya Sen sobre las capacidades (*capability approach*) se considera como un segundo marco para la protección de las libertades humanas como activo fundamental para su dignidad y desarrollo.

Así, el presente estudio se divide en tres partes. En la primera se explorará la búsqueda de lo trascendente como fenómeno universal, según es presentada por Finnis. Posteriormente, en el segundo momento, se presentará el enfoque de Amartya Sen y su defensa de las libertades políticas. Al final, el texto presentará su contribución jurídica, que trata de la tutela de dicha protección en el ordenamiento jurídico brasileño.

---

1 Ver, Steve Bruce, *Religion in the Modern World* (Oxford: Oxford University Press, 1966); Steve Bruce, *Secularization: In defence of an unfashionable theory* (Oxford: Oxford University Press, 2011.

2 Peter L. Berger, *El Dosel sagrado: elementos para una teoría sociológica de la religión* (Buenos Aires: Amorrortu Editores,1969).

3 Max Weber, *The Vocation Lectures* (Cambridge: Hackett Publishing Co, 2004), 28.

4 Peter L. Berger, "The desecularization of the World: A Global Overview"," en *The desecularization of the World: Resurgent Religion and World Politics*, ed. Peter L. Berger (Washington: Eerdmans, 1999)

2. La búsqueda de lo trascendente como un bien básico

Es notable la presencia de creencias religiosas en las más diversas sociedades y culturas a nivel mundial, tal y como han percibido innumerables investigadores en los campos de la antropología, la sociología y la psicología social.[5] Estas observaciones han llevado a muchos académicos en estas áreas a concluir que el fenómeno religioso es universal.[6] La generalidad del impulso religioso es tan relevante que algunos psicólogos sociales incluso han propuesto la existencia de una raíz biológica, extracultural para este rasgo humano.[7] Incluso, materialistas como Richard Dawkins reconocen la presencia omni-cultural de las creencias religiosas.[8] Tales observaciones están en línea con las filosofías éticas naturalistas, como la desarrollada por John Finnis.[9]

Finnis es posiblemente el exponente más conocido de la tradición filosófica denominada Teoría Neoclásica del Derecho Natural, cuyas raíces preliminares se encuentran en un artículo de Germain Grisez,[10] en el que el filósofo estadounidense, comentando una cuestión de la Summa Teológica de Tomás de Aquino, propone que las interpretaciones tradicionales de la obra están equivocadas en su exégesis y presenta argumentos a favor de una hermenéutica distinta del concepto tomista de Ley Natural.

A partir de estas preguntas, varios autores trabajaron en tal Teoría. Entre los más destacados se encuentran: John Finnis, Joseph Boyle y Robert P. George. A nivel brasileño, se distinguen investigadores como Victor S. Pinheiro y Elden B. de Souza,[11] así como Mendonça.[12] Para los efectos de este artículo, y considerando las limitaciones inherentes a la extensión del texto, se adoptarán los aportes de Finnis, principalmente en lo que se refiere a la búsqueda de lo trascendente como bien humano básico.

Uno de los principales motivos del trabajo de Grisez y Finnis es responder a la tesis del filósofo David Hume, que se conoció como la "falacia naturalista",

5 Ismael Apud y e István. Czachesz, "Creencias, Rituales y Memoria. Una introducción a la Ciencia Cognitiva de la Religión." *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, v. 9, n. 1 (Mes 2019):182-204, http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-70262019000100182.

6 Donald Brown, *Human universals* (New York: McGraw-Hill, 1991), p.; Jonhatan Haidt, *The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religions* (New York: Vintage Books, 2012).

7 Justin L. Barret, "Exploring the natural foundations of religion", *Trends in Cognitive Sciences*, v. 4, n. 1 (2000): https://www.cell.com/trends/cognitive-sciences/fulltext/S1364-6613(99)01419-9?_returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS1364661399014199%3Fshowall%3Dtrue.

8 Richard Dawkins, *The God Delusion* (Boston: Houghton Mifflin, 2006).

9 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007).

10 Germain Grisez, "O Primeiro Princípio da Razão Prática," *Revista Direito GV* 3, non. 2 (jul-dicdez. 2007): https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_10_pp.179-218_o_primeiro_principio_da_razao_pratica_germain_grisez.pdf.

11 Victor Sales Pinheiro y Elden Borges Souza, "A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis". *Revista Direitos Humanos e Democracia* 4, n. 7 (jan./jun, 2016):65-83, https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5513.

12 Matheus T. C. Mendonça, "Introdução ao pensamento de John Finnis e as insuficiências juspositivistas." *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, n. 14 (set. 2018):93-107, https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/16565.

que, en definitiva, sostiene que el deber ser no se puede extraer del ser o, en otras palabras, que los juicios morales no pueden derivarse del hecho.[13] Por tanto, habría una separación insuperable entre las observaciones empíricas y las proposiciones éticas, y las obligaciones morales no pueden derivarse únicamente de la naturaleza de una entidad. Los neonaturalistas buscarán entonces demostrar por qué el argumento de Hume no refuta el naturalismo, revitalizando, en este empeño, la teoría del Derecho Natural.

Respondiendo a la tesis de Hume, Finnis demostrará que el naturalismo de Aquino no se basa en las exteriorizaciones observables de la naturaleza humana, sino en lo que el neotomista llama "principios de la razón práctica", que "no se infieren de los hechos, [ni de] proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana".[14] En la filosofía tomista, estos primeros principios "que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser comprendidos adecuadamente por cualquiera que haya alcanzado la edad de la razón (y no solo por los metafísicos), son perceptibles (evidentes por ellos mismos) e indemostrables".[15] Lo que se infiere, por tanto, es que, a juicio del filósofo australiano, Aquino "nunca incurrió en falacias naturalistas, porque lo 'bueno' y 'malo' no se derivarían de factores empíricos, sino de estos 'primeros princípios'".[16]

Estos no son principios morales en sí mismos, sino principios que se extienden a toda deliberación práctica, razones no instrumentales o básicas para la acción, provista por fines que pueden identificar y perseguir racionalmente, no como medios para otros fines, sino como fines en sí mismos.[17] Se trata, por tanto, de enunciados pre-morales que pueden ser universalmente reconocidos por el ser humano, cuyo principal y primer ejemplo sería el axioma "hay que hacer el bien y evitar el mal".[18] El conjunto de estos principios conforman lo que Finnis llama "razonabilidad práctica", un concepto central en la teoría del autor. "Práctica" –cabe señalar– en su sentido aristotélico, no en el sentido de factibilidad o eficiencia, sino de principios que se encaminan a las decisiones que dirigen las acciones a tomar.[19]

La razón práctica, a su vez, se orienta naturalmente hacia la búsqueda de lo que el autor llama bienes humanos básicos, que serían "las formas elementales

13 David Hume, *Tratado da natureza humana* (São Paulo: Unesp, 2000).
14 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007), 45.
15 Ibid., 44.
16 Adrian Sgarbi, "O Direito Natural Revigorado de John Mitchell Finnis", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 102 (jan./dez. 2007): 663, https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67774.
17 Sebastián Contreras Aguirre, "El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de 'Summa Theologiae' i.ii, q. 94, a. 2", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIII (jul-dez 2014): 649-650, https://www.researchgate.net/publication/274140392_El_primer_principio_de_la_ley_natural_segun_Finnis-Grisez_y_Rhonheimer_y_las_lecturas_contemporaneas_de_Summa_Theologiae_iii_q_94_a_2.
18 Germain Grisez, "O Primeiro Princípio da Razão Prática." *Revista Direito GV* 3, n. 2 (jul-dez. 2007): 179-218,https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_10_pp.179-218_o_primeiro_principio_da_razao_pratica_germain_grisez.pdf.
19 Victor Sales Pinheiro y Elden Borges Souza, "A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis". *Revista Direitos Humanos e Democracia* 4, n. 7 (jan./jun, 2016):71, https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5513.

del florecimiento humano, bienes que son universalmente buscados y realizados por todos los que reflexionan y deliberan sobre lo que hacer, incluso si sus conclusiones son infundadas".[20] La inclinación natural del ser humano a lograr estos bienes, defienden los autores, no es una mera especulación filosófica, sino que puede ser comprobada por varias teorías psicológicas, desde freudianas hasta conductistas, que pueden diferir en la explicación y enumeración relacionadas con tales inclinaciones, pero son materialmente consonantes para verificar su existencia.[21]

Los bienes humanos universales señalados por Finnis son, en una lista no exhaustiva, vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y "religión".[22] No se abordará el significado y las implicaciones de cada uno de estos términos, sino sólo el que importa para la presente sección: "religión".

El término "religión" se utiliza entre comillas (como también lo hace el autor en su obra) porque aquí el autor no se refiere a una institución que media el contacto del individuo con lo trascendente,[23] ni a las doctrinas religiosas específicas de cada confesión, sino a la "incuestionable existencia de indagaciones metafísicas en relación al orden que trasciende por completo el campo de la experiencia individual, llegando al origen del cosmos, la libertad humana y la razón"[24], una "preocupación por un orden de cosas 'más allá' de cada una".[25]

Es importante señalar que la universalidad es inherente a estas indagatorias sobre la condición humana, y no a las respuestas multiformes que se les presentan.[26] Así es que, incluso un ateo como Sartre, a pesar de negar la existencia de una entidad divina personal, todavía piensa "estar obligado a actuar con libertad y autenticidad y desear la libertad de otras personas al igual que la tuya", expresando "una preocupación por un bien que consiste en una forma de orden irreductiblemente distinta".[27]

Así, si bien en la búsqueda de responder a este "impulso metafísico", las diferentes culturas presentan respuestas absolutamente divergentes, "la especulación metafísica sobre un orden supraindividual e irreductible a la experiencia

20 Alfredo Culleton, Fernanda Frizzo y Sinara Porto, *Curso de direitos humanos* (São Leopoldo: Unisinos, 2009).
21 John M. Finnis, Germain Grisez, y Joseph Boyle, "Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends", *American Journal of Jurisprudence* 32, n. 99 (1987): 113, https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/846/.
22 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007).
23 Jean Carlos Dias, "O direito natural no pensamento jurídico contemporâneo: John Finnis". en Autores: org. J. C. Dias y S. A. S. Simões, en *Direito, políticas públicas e desenvolvimento* Jean Carlos Dias y Sandro Alex de Souza (São Paulo: Cesupa, 2013), 145.
24 Victor Sales Pinheiro y Elden Borges Souza, "A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis," *Revista Direitos Humanos e Democracia*, a. 4, n. 7 (jan./jun, 2016):80, https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5513.
25 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007), 95.
26 Adrian Sgarbi, "O Direito Natural Revigorado de John Mitchell Finnis," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 102 (jan./dez. 2007), p.2007): https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67774.
27 Ibid.

sensible es universal".[28] Asimismo, cuando se trata del bien básico del conocimiento, Finnis no se refiere a una comprensión particular de un tema dado, sino a la tendencia humana a buscar la verdad, a la curiosidad en general y a evitar error e ignorancia.[29]

Otro carácter distintivo del bien religioso es que el individuo no solo conjetura sobre la existencia de este orden trascendente, sino que busca, instintivamente, la armonización personal con esta composición.[30] El bien básico de la "religión" no se reduce a buscar conocer o amar a Dios, sino también llegar a ser como él [*assimilatio*].[31] Este es un tema recurrente en muchas religiones.

3. La promoción de las libertades en el enfoque de las capacidades y la idea de justicia en Amartya Sen

Las contribuciones de Amartya Sen a las Ciencias Sociales, especialmente a las Ciencias Económicas, cubren diferentes segmentos; desde puntos relacionados con la elección social, la economía del bienestar y la elección racional, hasta el desarrollo económico. Además de su alcance analítico "exclusivamente" académico, es posible destacar su producción sobre temas prácticos relacionados con la pobreza y la desigualdad. A priori, el presente trabajo –que no pretende detenerse en este marco teórico durante mucho tiempo– presenta dos tesis defendidas por el autor que dan como resultado capital en su obra: el enfoque de las capacidades y la idea de justicia.

En los años 70 y 60, Amartya Sen sugirió una teoría general del bienestar como una forma de asociar la preocupación tradicional de los economistas por el bienestar material, con la preocupación filosófica por los derechos individuales y la justicia. Es de destacar que Sen señaló la libertad, más que la riqueza, como el punto de referencia para el progreso de una sociedad. Para Sen, este es un fin primario, así como el principal medio para lograr el desarrollo económico.[32]

> La expansión de las libertades se ve, a través de este enfoque, como el fin principal y el principal medio de desarrollo. El desarrollo consiste en la eliminación de las privaciones de libertad que limitan las opciones y oportunidades de las personas

28 Victor Sales Pinheiro y Elden Borges Souza, "A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis." *Revista Direitos Humanos e Democracia*, a. 4, n. 7 (jan./jun, 2016): 80, https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5513.

29 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007), 67-71.

30 Elton Somensi de Oliveira, *Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis* (Porto Alegre: UFRGS, 2002), 73.

31 John Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 85.

32 Sylvia Nasar, *A Imaginação econômica: gênios que criaram a economia moderna e mudaram a história* (São Paulo: Companhia das Letras, 2012); Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Oxford University Press, 1999); Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade* (São Paulo: Cia das Letras, 2010).

> para ejercer su condición de agentes. La eliminación de las privaciones de libertades sustanciales, se argumenta aquí, es constitutiva del desarrollo.[33]

Se observa que el enfoque de capacitación de Sen refleja las innumerables combinaciones de funcionamiento (estados y actividades que la gente valora en sus vidas) que las personas pueden lograr. La formación alude a la libertad individual de elegir una forma de vida. La capacidad personal equivale a la libertad personal, siendo un concepto que se define por la noción de potencialidad.[34]

En estos términos, Sen defiende que las capacidades de las personas deben coincidir, ofreciendo condiciones que les favorezcan para alcanzar las metas que consideran imprescindibles. El autor basa su interpretación en el reconocimiento del potencial como libertad "fin principal y principal medio de desarrollo. El desarrollo consiste en la eliminación de las privaciones de libertad que limitan las opciones y oportunidades de las personas para ejercer de manera reflexiva su condición de agente".[35]

Con eso, Sen reconcilia dos polos que aparentemente tienen un antagonismo irremediable, la igualdad y la libertad, enfatizando el papel de la participación de la sociedad civil, la autodeterminación y el libre albedrío, como forma de desarrollo de un pueblo, sin confundirlo con el desarrollo económico regional. Así, el autor destaca las numerosas implicaciones del enfoque de las capacidades:

> Diversas instituciones sociales –vinculadas al funcionamiento de los mercados, administraciones, legislaturas, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, poder judicial, medios de comunicación y la comunidad en general– contribuyen al proceso de desarrollo precisamente a través de sus efectos sobre el crecimiento y sostener las libertades individuales. El análisis del desarrollo requiere una comprensión integrada de los roles respectivos de estas diferentes instituciones y sus interacciones.[36]

Del extracto anterior se derivan las nociones interdependientes de libertades instrumentales y sustantivas. Las primeras son consideradas en el proceso social de desarrollo social y están estrechamente relacionadas con las libertades políticas y económicas, las oportunidades sociales, las garantías de transparencia interpersonal (seguridad de la convivencia pública) y la red de seguridad social y protección social.[37]

---

33 Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade* (São Paulo: Cia das Letras, 2010), 9.
34 Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Oxford University Press, 1999).
35 Ibid., 10.
36 Ibid., 336.
37 Ibid.

Así, el debate público debe propiciar la expansión de las capacidades básicas de los ciudadanos, permitiendo escuchar las demandas de la sociedad (derechos democráticos institucionalizados) y haciendo que las necesidades sean evaluadas en sus múltiples dimensiones. El aparato teórico de Sen es adecuado como una forma de crear conciencia de lo que es socialmente injusto, es decir, como una disposición para la discusión pública. Además de esta implicación, también se observa que Sen es fundamental para la tendencia predominante de medir el éxito del desarrollo, basándose exclusivamente en variaciones en el producto interno bruto.[38]

En continuidad, es a partir de la afirmación de las libertades instrumentales que se pueden consolidar las libertades sustantivas. Entre estas últimas, el autor destaca la capacidad para prevenir la desnutrición, el hambre, la mortalidad prematura y las libertades relacionadas con el acceso a la educación/cultura o la participación activa en la vida política de la sociedad. Para ello, el desarrollo requiere que se excluyan las principales fuentes de privación de libertad: (i) la pobreza y la tiranía; (ii) falta de oportunidades económicas y miseria social sistemática; (iii) descuido de los servicios públicos; (iv) intolerancia o injerencia excesiva de estados opresores.[39]

Por lo tanto, la libertad política amplia debe ser la nota clave en la que es importante que se garantice al individuo su "derecho a tener derechos". Se trata de una perspectiva de cambio social que tiene como objetivo mitigar y eliminar las barreras entre las personas y el acceso a lo que consideran importante en sus vidas.

En otro punto de su obra, Sen aporta nociones esenciales al debate desde el punto de vista de su idea de justicia. El autor es experto en arreglos que destacan por observar el comportamiento real del ser humano y sus relaciones sociales, apreciar las diferencias y considerar la vida que las personas son capaces de llevar. Para Sen: "la justicia está fundamentalmente relacionada con la forma de vida de las personas y no meramente con la naturaleza de las instituciones que las rodean".[40] Además, Sen entiende que la institucionalidad trascendental (de tono "contractualista") aparece como un obstáculo para la eliminación de las injusticias, ya que se centra en las utopías de la justicia perfecta; mientras que el análisis centrado en los logros favorece el examen racional de las asimetrías, produciendo injusticias, considerando también factores no racionales como los deseos de los individuos.[41]

38 Ver, Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Oxford University Press, 1999); Amartya Sen, *Sobre* Ética *e Economia* (São Paulo: Companhia das Letras, 2005); Amartya Sen, *The Idea of Justice* (Cambridge: Belknap Harvard, 2009).

39 Ibid

40 Ibid., 12-13.

41 Ver, Amartya Sen, *Sobre Ética e Economia*.

Desde esta perspectiva, la teoría seniana de la justicia se fundamenta en la noción de equidad como "justicia realizable", que, por así decirlo, tiene un tratamiento diferencial de las desiguales. Su supuesto teórico radica en el reconocimiento de que las personas, aunque son iguales ante la ley, tienen necesidades, capacidades y deseos diferentes. Para Sen, la promoción de la equidad en la justicia es el camino que conduce a la mitigación de las desigualdades socioeconómicas intrínsecas a una sociedad compleja, así como a la universalización de sus libertades democráticas. Esto surge de su defensa de la calle de doble vía entre la libertad y los derechos humanos, calificada por él como: "pretensiones éticas constitutivamente asociadas a la importancia de la libertad humana".[42] A partir de ese punto, resultaría entonces el mensaje central de su teoría de la justicia: el fuerte nexo de convergencia entre igualdad y libertad y la crítica implícita y explícita a las desigualdades con o sin libertades.[43]

Sen propone una idea de justicia asentada en la base de información sobre las libertades ciudadanas y sensible a las consecuencias. No prestarles la debida atención, como las libertades que las personas realmente pueden ejercer, impide una base adecuada para un sistema de evaluación.[44] El autor también recuerda que la justicia no puede limitarse a un examen que apunte únicamente a los "resultados culminantes" porque "la sensibilidad a las consecuencias no requiere insensibilidad a la agencia y las relaciones personales en la valoración de lo que está sucediendo en el mundo".[45]

Es necesario considerar que el enfoque de las capacidades y la idea de justicia tienen un fuerte énfasis pluralista y que aspiran a una "agregación" positiva de elementos heterogéneos, con funciones distintas. Pero –pregunta Sen – ¿cómo seleccionar los valores sociales? Para lograr una escala "común" de evaluación social, debe existir una especie de consenso social. Se trata de un proceso de "elección social" que exige debate público y democrático, esclarecimiento e investigación crítica ("imparcialidad abierta"). Sen reconoce que el ejercicio de la elección democrática de acuerdo o consenso puede resultar extremadamente complejo, ya que la escala de valores es una cuestión de valoración y juicio, no de una tecnología impersonal. En sus propias palabras, "no hay fórmula mágica".[46]

Es imperativo objetivar con franqueza las libertades concretas que tienen amplitud y sensibilidad que permiten un alcance mucho mayor, ya que las libertades individuales pueden estimarse a partir de una referencia explícita a los ingresos y procesos que los individuos tienen razones para buscar y valorar. Sen aboga por la capacidad de orientar las disposiciones políticas apropiadas

42 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, 401.
43 Ibid.
44 Ver, Amartya Sen, *Development as Freedom*.
45 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, 255.
46 Ibid. 358.

para expandir la justicia social, especialmente con respecto a minimizar las injusticias intolerables. El autor se enfoca en establecer criterios capaces de orientar las elecciones en el sentido de que sean más justas que las alternativas viables, lo que requiere la trascendencia de las individualidades.[47]

En este sentido, lo más importante es que las relaciones derivadas del acto sean justas (aunque sea parcialmente), evitando la injusticia, que es la situación de anomia en la que se abren brechas para los excesos. Una de las ideas relevantes ligadas a esta perspectiva es que, si bien existe una gran variedad de nociones sobre lo justo, existe cierto consenso en cada momento histórico sobre el hecho de que determinadas situaciones constituyen una injusticia intolerable,[48] además del examen racional de opciones más o menos razonables, como propone Finnis en el presente ensayo.

Se sugiere una reflexión que instigue el compromiso efectivo de las personas no solo en el cumplimiento de las leyes, sino también en la transformación de la sociedad para que excluya las injusticias que se sienten inaceptables. Para Sen: "no se debe confundir una obligación vagamente especificada con la ausencia de ninguna obligación".[49] Es un error asumir que "dado que no es posible resolver todas las disputas a través del examen crítico, entonces no tendríamos una base lo suficientemente sólida para utilizar la idea de justicia en los casos en que el examen racional conduce a un juicio concluyente".[50]

En cierta medida cercana a Finnis, Sen propone una teoría capaz de guiar una elección evaluativa racionalmente informada, basada en la idea de que: "la elección y la ponderación pueden ser difíciles, pero no existe una imposibilidad general de tomar decisiones razonables basadas en combinaciones de objetos diversos".[51] La multiplicidad de parámetros entrelazados imposibilita realizar el cálculo unificado y el sistema jerárquico, lo que naturalmente no impide que se articulen racionalmente.[52]

En definitiva, se percibe, en el marco teórico propuesto por Amartya Sen, algo de esencialidad fundamental que adquieren las libertades políticas, entre ellas la libertad religiosa, como también se observa en Nussbaum[53] y Skerker (2004).[54] Además de la universalidad de la búsqueda de lo trascendente, el bien religioso también está vinculado a los deseos y metas que libremente

47 Ver, Amartya Sen, *Development as Freedom.*

48 Ver, Amartya Sen, *Sobre Ética e Economia* (São Paulo: Companhia das Letras, 2005); Amartya Sen, *The Idea of Justice* (Cambridge: Belknap Harvard, 2009).

49 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, 409.

50 Ibid., 436.

51 Ibid., 275.

52 Ver, Amartya Sen, *Development as Freedom*.

53 Ver, Martha C. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); Martha C. Nussbaum, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age* (London: Belknap/Harvard Press, 2012).

54 Michael Skerker, "Nussbaum's Capabilities Approach and Religion," *The Journal of Religion*, v. 84, n. 3 (jul. 2004): 379-409, https://doi.org/10.1086/383452.

proponen los individuos, incluso como guía para la consecución de sus fines. Dadas estas herramientas, existe una necesidad urgente de que esta libertad sustancial sea protegida y promovida por el Estado. Así, la siguiente ventana de este ensayo se abre al papel del Estado en la protección del bien religioso.

4. El rol del Estado de Derecho

Como se señaló anteriormente, tanto Finnis como Sen muestran panoramas teóricos fructíferos sobre el papel y el lugar de la religión como libertad fundamental en la sociedad. Se pretende, en la presente sección, desde la perspectiva estructurada por estos autores, examinar específicamente el papel del Estado en la gestión de este bien humano básico y la promoción de las libertades.

Para Finnis, una de las funciones primordiales del Estado de Derecho es que, al tener el monopolio del uso de la fuerza y ejercerlo dentro de los límites que se le otorgan, evita que los seres estén sujetos a la discreción de otras personas.[55] Ello sería un requisito para el pleno florecimiento de las virtudes humanas, en la medida en que "los individuos solo pueden ser ellos mismos, es decir, tener la 'dignidad' de ser 'agentes responsables' si no se les obliga a vivir sus vidas por la conveniencia de otros, pero que se les permita y se les ayude a crear una identidad duradera para 'toda la vida' ". Por tanto, "la tesis ética de la razón práctica y los bienes humanos básicos [...] se articula con la tesis política de la autoridad del estado de derecho para promover el bien común".[56]

Ahora bien, este entendimiento implica que el Estado asume un papel clave en el establecimiento y mantenimiento de las condiciones para el libre florecimiento de los bienes humanos básicos, incluida la religión, justificando el presente análisis. Así como, por ejemplo, para el correcto florecimiento del bien básico del conocimiento es esencial la garantía estatal de las libertades de la ciencia, de la prensa y de la expresión, cuando se trata del bien humano de la religión, su pleno florecimiento depende directamente de la protección estatal de la libertad religiosa.[57]

Una vez comprendidas estas premisas, la inadecuación del modelo de Estado confesional puede basarse en un plan, es decir, en el que una determinada confesión religiosa sea aprobada por el Poder Público, ya sea de manera expresa o mediante el otorgamiento de privilegios no extendidos a otras instituciones confesionales. Este paradigma es incompatible con el bien finnisiano de la religión porque, "como bien eminentemente reflexivo, sólo se puede instan-

55 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais*, 266.

56 Victor Sales Pinheiro y Marcela Santos Pimentel, "Secularização, Estado laico e Direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da Filosofia Jurídica de John Finnis", *Revista Juris Poiesis* 23, n. 31 (Mes 2020): 341, http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/8175.

57 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais*.

ciar de manera auténtica e integral, sin que nadie obligue al agente racional a creer en una determinada tradición religiosa o filosófica".[58] El impulso hacia la fuente trascendente del sentido de la vida debe estar guiado por la razonabilidad práctica ejercida por el individuo y no por la dirección del estado.[59]

Entendemos, por tanto, que el desarrollo del bien humano religioso depende del establecimiento de un Estado laico, porque es en este sistema donde: "se establece la emancipación mutua entre Estado y religiones, para que se permita el libre ejercicio religioso, teniendo lugar derechos individuales de libertad de los ciudadanos en relación con sus creencias y culto".[60] En resumen, el bien humano básico deseado por el modelo de estado secular es, paradójicamente, la "religión".

Además, la separación entre Estado y religiones:

> lejos de enfriar el espíritu religioso, muchas veces lo fortalece, en la medida en que fomenta el proselitismo, ya sea de las religiones minoritarias, abriendo un espacio que hasta entonces les estaba negado, o de la organización religiosa hegemónica, que, huérfana de los privilegios del poder, comienza a agilizar sus esfuerzos en un intento por evitar o minimizar la pérdida de influencia en el tejido social.[61]

En definitiva, el laicismo estatal también beneficia el florecimiento religioso de la comunidad, en la medida en que permite que las instituciones correspondientes actúen libremente según su propia lógica, utilizando no capital político, sino capital "religioso", moral y social.

Sin embargo, es oportuno, en vista de las diferentes concepciones existentes sobre el secularismo, esbozar los contornos de su definición a los efectos de este artículo. Según la entrada de Valerio Zanone, presente en el Diccionario de Políticas Norberto Bobbio, el Estado laico:

> [...] está separado de las confesiones religiosas, pero debe garantizar la libertad de religión y culto a todos los grupos religiosos, sin implementar privilegios o estructuras de control dirigidas a determinadas confesiones, salvaguardando así la autonomía del poder civil de cualquier intento de control religioso y, simultáneamente, defender las confesiones de cualquier intento de restringir el libre ejercicio del culto por parte del poder temporal.[62]

58 Victor Sales Pinheiro y Marcela S. Pimentel, "Secularização, Estado laico e Direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da Filosofia Jurídica de John Finnis,"

59 Thomas Pink, "The Right to Religious Liberty and the Coercion of Belief. A note on Dignitatis humanae", en *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, ed. John Keown y Robert P. George (Oxford: Oxford University Press, 2013).

60 João Vianney Cavalcanti Nuto, y P. I. S. de Alcântara, "O uso de símbolos religiosos em repartições públicas: uma análise histórica sobre o alcance da laicidade", en "En *Conselho Nacional do Ministério Público. Ministério Público em defesa do Estado laico* (Brasília: CNMP, 2014).

61 Aloisio Cristovam dos Santos Junior, *Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro* (São Paulo: Mackenzie, 2007), 64.

62 Valerio Zanone, "Laicismo", en *Dicionário de Política,* org. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, y Gianfranco Pasquino

Existe, por lo tanto, una doble dimensión: no solo la de proteger al Estado del control de la Iglesia, sino también la de blindar confesiones de restricciones arbitrarias a su desempeño por parte del poder temporal.[63]

En cuanto a los diferentes paradigmas posibles, Kuru afirma que existen, básicamente, dos grandes modos de postura del Estado laico, que pueden denominarse simplemente "laicismo pasivo" y "laicismo asertivo".[64] En el primer caso, el Estado adopta una postura pasiva en la creación y establecimiento de religiones, pero les permite visibilidad pública. En el segundo, el poder estatal busca sacar las expresiones religiosas de la esfera pública, adoptando una postura agresiva que relega la religión al foro privado. Numerosos investigadores han denominado a la forma asertiva "secularismo", propia de un Estado "secular", y a la "secularidad" pasiva, propia de un Estado "secular".[65]

Examinar cómo el Estado se ocupa de las manifestaciones religiosas públicas (y no solo privadas) es fundamental para evaluar su idoneidad para entender la "religión" como un bien humano básico principalmente por dos razones. Primero, porque en la concepción finlandesa, los bienes básicos se realizan plenamente no en el campo privado del individuo, sino en la comunidad.[66] En segundo lugar, porque es en el ámbito de las expresiones en las relaciones públicas y sociales donde se aplica la protección estatal y no en el foro privado de las elecciones de los individuos, que ya está naturalmente protegido de la intervención estatal en el modelo liberal.[67] Por tanto, si la libertad religiosa concierne sólo a la expresión pística en el campo privado del individuo, su protección en un estado liberal sería tautológica.

Como afirma Silva, "la cuestión fundamental [...] es si, una vez hecha la elección, es posible determinar en términos de ella", es decir "si se tienen condiciones objetivas para actuar en el sentido de la elección hecha".[68] Por lo tanto, la libertad de creencias, como instrumento para el florecimiento del bien humano religioso, debe entenderse como "el derecho a expresar una creencia, y no el derecho a tener una creencia (una condición necesaria, pero no suficiente para caracterizar este derecho fundamental)".[69]

(Brasília: Universidade de Brasília, 1998), 670.

63 Aloisio Cristovam dos Santos Junior, *Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro*, 64.

64 Ahmet T. Kuru, "Passive and Assertive Secularism: Historical Conditions, Ideological Struggles, and State Policies toward Religion", *World Politics*. v. 59, n. 4 (Jul. 2007):571, https://www.jstor.org/stable/40060173.

65 Ver Jorge Miranda, "Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade", *Observatório da Jurisdição Constitucional*, a. 7, n. 1 (jan./jun. 2014):7, https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/956; Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado.* (São Paulo: Saraiva, 2014), 189; Renata de Assis Calsing et al, "O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol", *Revista Brasileira de Direito* 13, n. 2 (2017): https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1232/1225.

66 Elton Somensi de Oliveira, *Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis* (Porto Alegre: UFRGS, 2002).

67 Fábio Carvalho Leite, "A Liberdade de Crença e o Sacrifício de Animais em Cultos Religiosos". *Veredas do Direito*, v. 10, n. 20 (jul./dez. 2013), 163-177.

68 José Alfonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo: Malheiros, 2005).

69 Fábio Carvalho Leite, "A Liberdade de Crença e o Sacrifício de Animais em Cultos Religiosos", 166.

Con esto en mente, se percibe la insuficiencia del modelo secular para lograr ese fin, pues adopta "una actitud de intolerancia y hostilidad estatal hacia las religiones",[70] lo que termina por profanar la propia neutralidad estatal ya que "reconocer el derecho al ejercicio de la fe pero restringirlo al ámbito privado del individuo tampoco es neutralidad, sino una confesión específica: que el ejercicio correcto de la religión es en el ámbito privado".[71] En otras palabras, un Estado laico "no significa un estado ateo, porque el ateísmo sigue siendo un concepto religioso"[72] y un ateísmo público no sería neutralidad religiosa, sino un credo negativo, es decir, de carácter antirreligioso.[73]

Teniendo en cuenta tales consideraciones, y los aportes teórico-filosóficos de Finnis y Sen, se puede inferir que el orden secular es el que mejor permite el florecimiento del bien básico "religión", pues entiende la relevancia del fenómeno religioso para la sociedad y permite su expresión pública.[74]

Sin embargo, debe hacerse una observación. Permitir la manifestación religiosa en la esfera pública no significa dar lugar al triunfalismo religioso, que ocurre cuando credos específicos buscan obtener hegemonía política para transmitir pautas que beneficien a su grupo religioso en detrimento de otros, o para controlar por el estado los valores morales exclusivos de su cosmovisión.[75] Toda expresión religiosa pública debe tener en cuenta que las posiciones de fe son personales e idiosincrásicas y no pueden ser exigidas a terceros.[76] La conducción política del Estado de Derecho en la visión finlandesa debe realizarse considerando que los bienes básicos son inteligibles por la razón pública, que su logro depende de la libertad individual, y no se puede permitir el control estatal por parte de sectores religiosos.

Así, para que el Estado sea laico, no se necesita prohibir las manifestaciones religiosas en los espacios públicos, siempre que las instituciones políticas no se basen en la legitimidad de las instituciones religiosas, sino en la soberanía o la voluntad popular.[77] En definitiva, la religión no necesita estar ausente de la sociedad, pero no puede dominarla.[78]

70 Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado.* (São Paulo: Saraiva, 2014), 189.

71 Jéssica R S. Barbosa y Lucas O. Vianna, "Reflexões sobre os limites da expressão religiosa pública no Estado laico brasileiro", en *Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise,* org. Doglas Cesar Lucas et al., (Porto Alegre: Editora Fi, 2019).

72 Daniel Sarmento, *Livres e iguais: estudos de direito constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006), 308.

73 Martin Rhonheimer, *Cristianismo y laicidad* (Madrid: Rialp, 2009), 110.

74 Ver, Aloisio Cristovam dos Santos Junior, *Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro* (São Paulo: Mackenzie, 2007), 64; Jorge Miranda, "Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade." *Observatório da Jurisdição Constitucional*, a. 7, n. 1 (jan./jun. 2014): https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/956.

75 Paul Freston, *Religião e Política, Sim; Igreja e Estado, Não* (Viçosa: Ultimato, 2006),

76 Alfonso Ruiz Miguel y Alejandra Zúñiga Fajuri, "Derecho a la Vida y Constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ´Artavia Murillo V. Costa Rica´" *Estudios Constitucionales* 12, n. 1 (2014): 71-104, https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34744.pdf.

77 James A. Beckford y N. J. Demerath III, *The sage handbook of the Sociology of Religion* (London: Sage Publication, 2007), 724.

78 Clemildo Anacleto Silva, "Símbolos religiosos em espaços públicos: para pensar os conceitos de laicidade e secularização". *Numen* 19 n. 2 (2016): 166, https://doi.org/10.34019/2236-6296.2016.v19.22039.

Además, es imperativo prestar atención a que la actual concepción filosófica de los derechos, combinada con el modelo socio-político-económico del Estado de Bienestar Social, ya no los considera únicamente desde la perspectiva negativa de proteger la indebida intervención estatal, pero también asume la existencia de una dimensión comisiva, que depende de beneficios estatales positivos.[79]

Entendida desde esta perspectiva, la libertad religiosa apunta "al Estado y a los demás civiles un derecho objetivo para brindar el ejercicio efectivo de la libertad religiosa".[80] De ello se desprende que la protección del bien humano religioso "consiste no solo en que el Estado imponga la religión a cualquiera o impida que alguien profese una determinada creencia", sino también en que "el Estado permita o permita a quienes siguen una determinada religión cumplir con los deberes de ella (en términos de culto, familia o enseñanza, por ejemplo) en términos razonables".[81]

Existen ejemplos en la Constitución Federal de Brasil de 1988 de ambas dimensiones de este derecho ya que, en sentido negativo, el Estado no puede: "establecer cultos religiosos o iglesias, subsidiarlos, obstaculizar su funcionamiento o mantener con ellos o sus representantes relaciones de dependencia o alianza"; mientras que, en el lado positivo, asegura, por ejemplo, "la prestación de asistencia religiosa en entidades civiles y militares de detención colectiva".

Es evidente, por tanto, que el sistema secular se sustenta en el orden constitucional, como se explica en el trabajo conjunto de algunos de los constitucionalistas brasileños más destacados:

> [...] el régimen constitucional brasileño es de no identificación (estado laico) con la separación, lo que no significa, vale resaltar, oposición, que está presente en una concepción secular (al estilo francés), de relativa hostilidad a la religión. Ni indiferente ni menos hostil, la Constitución se muestra atenta, separada, pero cooperativa, no confesional, sino solidaria, tolerante con el fenómeno religioso.[82]

La existencia en Brasil de un modelo pasivo de laicidad también ha sido reconocida en varias decisiones de la Corte Suprema.[83] Las referencias al orden constitucional son relevantes porque, en el caso del documento que establece las matrices axiológicas del estado de derecho brasileño, se ubica en la frontera entre lo filosófico y lo jurídico.

---

79 Ver, Ingo Wolfgang Sarlet et al., *Comentários* à *Constituição do Brasil* (São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013); Daniel Sarmento, *Livres e iguais: estudos de direito constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

80 Francisco Tomazoli da Fonseca, *A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito* (Pouso Alegre: FDSM, 2014), 99.

81 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional* (Coimbra: Coimbra, 1998), 359.

82 Ingo Wolfgang Sarlet et al., *Comentários* à *Constituição do Brasil* (São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013), 708.

83 1ª Turma. RHC 134.682/BA. Rel. Min. Edson Fachin, Brasil. Supremo Tribunal Federal, 29 de noviembre de 2016; ADI nº 4.439. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Brasil. Supremo Tribunal Federal, 27 set. 2017.

El Estado laico constitucional brasileño adoptó lo que llamó el principio de cooperación, que se traduce en que "el Estado cooperará con las iglesias y confesiones religiosas, principalmente para la promoción de los principios y derechos y garantías fundamentales".[84] Para comprender adecuadamente cómo se da la colaboración entre las instituciones religiosas y el Estado, es necesario investigar el objetivo compartido por ambos, ya que la Constitución brasileña sólo prevé la posibilidad de "colaboración de interés público", sin especificar más detalles.

Nuevamente, el marco teórico finlandés es útil para identificar el concepto sociopolítico de interés público con la noción filosófica de bien común, que representa un conjunto de condiciones que permite que "los miembros de una comunidad alcancen por sí mismos los mismos objetivos razonables, o que logren, de manera razonable, por sí mismos, el valor en cuyo nombre tienen razón de colaborar entre sí (positiva o negativamente) en una comunidad".[85]

Cabe señalar que esta definición "ni afirma ni implica que todos los miembros de una comunidad deban tener los mismos valores u objetivos (o un conjunto de valores u objetivos)", sino sólo que "debe haber algún conjunto (o conjunto de conjuntos) de las condiciones que deben darse para que cada miembro logre sus propias metas".[86]

Tomando esta concepción en la presente discusión, se concluye que el Estado no debe fomentar ninguna institución eclesiástica o confesión religiosa específica, sino que debe ejercer un rol de garante de las condiciones que permitan a los individuos desarrollar su impulso hacia lo trascendente por sí mismos.

5. Conclusión

La existencia y diversidad de los fenómenos religiosos es un hecho que se puede observar desde los primeros registros históricos y antropológicos de la humanidad, y que permanece continuamente presente a pesar de la creciente secularización de la sociedad. Las predicciones de los autores materialistas que presagiaban el declive de la religión en el mundo moderno y posmoderno resultaron ser erróneas. Se puede afirmar, a partir de esta observación, que la especulación sobre lo trascendente es inherente a la propia condición humana.

En el aspecto sociológico, existen múltiples marcos teóricos útiles para comprender el lugar, rol y función del impulso metafísico para las comunidades humanas, entre los que destacan los aportes de la Teoría Neoclásica del De-

84 Ungo Wolfgang Sarlet et al., *Comentários* à *Constituição do Brasil* (São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013), 707.
85 John Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (São Leopoldo: Unisinos, 2007), 155.
86 Ibid., 156

recho Natural de John Finnis y el Enfoque de las Capacidades de Amartya Sen, tanto por la riqueza y fidelidad con que abordan el tema, como por el reconocimiento que le dan a la relevancia social de la religión.

Como principal organizador de las libertades individuales, el Estado de Derecho juega un papel clave en la gestión social y debe garantizar las condiciones para el florecimiento del bien humano básico de la religión, entendida no como una confesión religiosa específica o como una institución responsable de mediación del contacto entre el individuo y lo trascendente, sino precisamente como la potencialidad del sujeto para reflexionar sobre un orden metafísico irreductible a su experiencia sensorial individual.

Para ello, el poder temporal debe adoptar una postura secular que no relegue las expresiones písticas al ámbito privado de los individuos ni privilegie ninguna cosmovisión religiosa específica en detrimento de los demás, permitiendo así el desarrollo de este bien humano desde su propia lógica, de acuerdo con la razonabilidad práctica libre del individuo.



AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.
T: 593-4-2300600 GUAYAQUIL - ECUADOR | EC090306

AV. NACIONES UNIDAS E20-30 Y NUÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN, OF. 1107.
T: 593-2-3959590 QUITO - ECUADOR | EC170507 | WWW.CPLAW.EC

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Las Guerras Cibernéticas en el Derecho Internacional Humanitario: Aplicación de los Principios Rectores del Derecho Internacional Humanitario

Cyber Warfare in International Humanitarian Law: Applicability of the Basic Principles of International Humanitarian Law

María Camila Manotas Valdés*
Irina Burgaentzle Jarrín**

Recibido / Received: 15/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2162

Citación:
Manotas Valdés, M.C., Burgaentzle Jarrín, I. «Las Guerras Cibernéticas en el Derecho Internacional Humanitario: Aplicación de los Principios Rectores del Derecho Internacional Humanitario». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 71-86, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2162

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: camilamanotas@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6286-5865

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: iburgaentzle@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7880-5296

Resumen

Actualmente, uno de los debates jurídicos se centra en las nuevas tecnologías empleadas para direccionar ataques de origen cibernético, que podrían revolucionar la dinámica utilizada en conflictos armados. A primera vista, varias de estas no cumplirían con principios rectores del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), así como los principios de distinción, de proporcionalidad y de precaución. Por lo tanto, este trabajo busca concretar ¿qué desafíos enfrentan los principios del Derecho Internacional Humanitario en las operaciones llevadas a cabo con herramientas ciberespaciales?

Palabras clave

Guerra cibernética, derecho internacional humanitario, principios de distinción, principio de precaución, principio de proporcionalidad.

Abstract

Nowadays, one of the most relevant debates in international law, is about the appearance of new technologies employed in directing cyberattacks. This is essential because it could redirection the dynamic in an armed conflict. On first hand, it would appear that these attacks could not comply with the traditional principles stated in international humanitarian law (IHL), such as the distinction, proportionality and precaution principles. Therefore, this essay seeks to determine what are the challenges that International Humanitarian law face when dealing with cyber tools.

Keywords

Cyber warfare, international humanitarian law, distinction principle, precaution principle, proportionality principle

1. Introducción

La introducción de la tecnología en la sociedad ha demostrado tener un sinnúmero de ventajas, pero a su vez también ha probado tener otra gran cantidad de desventajas. Existen obstáculos que no permiten la adecuada utilización de los medios tecnológicos. Entre ellos se encuentran los hackers al momento de realizar transacciones económicas en línea, publicaciones de pornografía infantil, el *cyberbullying* y los conocidos *trolls* encargados de acosar e intimidar en ciertos escenarios a figuras políticas, principal, pero no únicamente. Sin embargo, la tecnología ha tenido un desarrollo exponencial en varios espacios y plataformas, de tal magnitud que hoy en día se puede hablar de las guerras cibernéticas. La presencia de las guerras cibernéticas es una realidad palpable que los Estados han aceptado como tal, por lo tanto, es imperativo prestar atención a estas guerras, pero sobre todo normarlas para poder regularlas. Es por esto que llevar a cabo una investigación sobre las guerras cibernéticas desde una perspectiva del DIH, en el marco de un conflicto armado internacional (en adelante CAI), se vuelve necesaria. De esta manera se iniciará precisando el concepto de guerra cibernética; cuándo entra en aplicación el DIH y qué regulaciones contiene al respecto. Después, se evaluará si es que los principios del DIH son aplicables en el contexto de una guerra cibernética; y por último se analizará la atribución de responsabilidad de los autores de este tipo de guerras.

2. ¿Qué son las operaciones cibernéticas?

2.1 Denominaciones y definición

Debido al amplio espectro que comprende una plataforma tecnológica, no ha sido tarea fácil llegar a una definición de guerra cibernética que abarque todo lo que este concepto comprende, por parte de los expertos. Melzer ofrece una visión de guerra cibernética que es amparada por lo que establece el DIH. Como expone el citado autor, *cyber warfare* o guerra cibernética se refiere a la guerra realizada en el espacio cibernético a través de los métodos y medios que esta plataforma ofrece. Por ejemplo, la infección o virus que una parte beligerante del conflicto inserta en la red de computadoras de la base militar de su adversario, se constituye como un ataque cibernético[1]. La definición de Melzer trae un primer concepto a colación y es que los actos encaminados a comenzar una guerra cibernética constituyen métodos o medios de guerra del DIH.

1 *Cf.* Traducción libre. Melzer, Nils, *Cyber warfare and international law. Unidir Resources.* (2011): https://unidir.org/files/publications/pdfs/cyberwarfare-and-international-law-382.pdf.

Otra forma de definir el presente tema es la propuesta por Eitan Diamond quien dice que el término *cyber warfare* describe las operaciones que son conducidas o relacionadas a un conflicto armado. Estas operaciones involucran el desarrollo y envío de un código de computadora hacia una o más computadoras deseadas, con el objetivo de infiltrarse en su sistema para recolectar, exportar, extraer, destruir, cambiar, introducir nueva información, alterar, desencadenar o manipular procesos controlados por el sistema que fue infiltrado[2]. Diamond expande la idea de guerra cibernética al usar varios verbos rectores, los cuales pretenden arrojar luz sobre los tipos de conducta que pueden constituir un ataque cibernético dentro de la guerra.

Por otra parte, Schaap define las guerras cibernéticas con base en lo dispuesto por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Esta entidad determina esta modalidad de guerras como el uso de las suficiencias cibernéticas en donde el primer propósito es ejecutar objetivos militares o sus efectos en el ciberespacio o a través de él. También se definen los ataques de redes cibernéticas como las acciones llevadas a cabo mediante el uso de redes computacionales para alterar, restringir, degradar o destruir bien sea la información ubicada en computadoras o redes computacionales o bien la computadora, o la red en sí. Además, el autor postula en su definición de guerras cibernéticas, que dichos ataques sean perpetrados por un Estado en contra de otro[3]. En este sentido, nos estamos refiriendo a un conflicto armado internacional (CAI), ya que las partes son Estados. Vale recalcar que esta investigación se enfocará únicamente en este tipo de escenarios de conflictos armados.

De igual manera es esencial señalar que el Convenio sobre la Ciberdelincuencia celebrado en Budapest, tipifica en sus artículos 2-11 los delitos que pueden darse en esta esfera[4]. Estas normas prescriben delitos tales como acceso ilícito, ataques a la integridad de los datos y del sistema, abuso de los dispositivos, falsificación informática, fraude informático, entre otros. Cabe recalcar que estos delitos han sido descritos de manera amplia para poder enmarcar actos similares dentro del mismo tipo. El esfuerzo realizado por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia es otro acercamiento para intentar abordar lo que puede constituir un ataque cibernético y las debidas diligencias que el Estado parte debe realizar.

Adicionalmente, Duggan y Parks mencionan un concepto muy relevante cuando hablamos de esta guerra tan particular. El hecho de que en toda guerra están presentes los ataques y contrataques, o mejor dicho, actos destinados a atacar y actos destinados a defender. Por tanto, no solo existen plataformas,

2 *Cf.* Traducción libre. Diamond, Eitan, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare: SSRN.* (Julio 2014): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3093068.

3 *Cf.* Traducción libre. Schaap, Arie. *Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law.* (2009): https://heinonline.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/airfor64&id=123&men_tab=srchresults.

4 Artículos 2-11, Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de noviembre de 2001.

virus o softwares con el propósito de ser dañinos, sino que, a su vez, se ha conseguido crear programas que tengan una función exclusivamente protectora[5]. Esto, acompañado con la lectura del artículo 49 del Protocolo Adicional primero a los Convenios de Ginebra[6], podría significar incluso que los softwares que tengan el propósito de defenderse de un ataque, constituyen un acto de violencia, por lo que el DIH entraría en juego.

2.2 ¿Cuáles son los potenciales riesgos que se pueden ocasionar?

En el contexto de un conflicto armado, la guerra cibernética ha sido empleada como una herramienta conjunta. Es utilizada de esta manera porque puede proporcionar diferentes rutas para llegar a un objetivo específico que con los métodos de guerra tradicionales no sería posible. Además, las guerras cibernéticas sí pueden generar daños reales y concretos. Es decir, pueden expresarse no solo en daños en la realidad cibernética, sino también en la realidad material. Así, existirían daños que no siempre pueden ser anticipados por las partes beligerantes, dado su carácter inesperado. Es de suma importancia que el DIH trate tal asunto porque el DIH tiene como objeto brindar el mayor ámbito de protección posible a personas como a bienes, en contextos de conflictos armados. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR en adelante) en noviembre de 2019, publicó un *position paper* que expone cuáles son sus preocupaciones con respecto a los daños que pueden ocasionarse por un ataque cibernético[7]. El trabajo expone que si bien los ataques están en el entorno de un ciberespacio, las repercusiones pueden expresarse en una realidad tangible, concretamente en infraestructura civil, incluyendo infraestructura sanitaria. Este postulado no resulta descabellado puesto que existe una interconectividad innegable entre las redes computacionales de civiles y militares[8]. Una vez que el virus migra de red a red, es casi imposible retirarlo en vista de que la velocidad a la cual se reproduce resulta incalculable. Al causar una cierta cantidad de réplicas, el virus puede llegar a mutar o convertirse, ya que el receptor puede modificarlo para que cumpla con otro objetivo. En el caso de penetrar en una red o plataforma civil, pueden existir varios escenarios dañosos a la población civil, por ejemplo, ataques a bases de datos para extraer la información del sector financiero, cortar el suministro de agua de hospitales, interferir en la torre de control de un aeropuerto, obstruir la entrega de re-

5 *Cf.* Traducción libre. David Duggan & Raymond Parks, "Principles of Cyber warfare," IEEE Security & Privacy 9, no. 5, (Septiembre 2011): https://ieeexplore.ieee.org/document/6029360.

6 "Artículo 49 - Definición de ataques y ámbito de aplicación

1. Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas Durante Conflicto Armado, 8 de junio de 1977.

7 *Cf.* Traducción libre. ICRC. *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts. ICRC. (*2019): https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.

8 Diamond, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.*

cursos de primera necesidad[9]. Por estas razones, no es correcto decir que los ataques cibernéticos toman lugar en el ciberespacio sin afectar la realidad tangible. Finalmente, los ataques cibernéticos pueden ser utilizados con el fin de generar terror en la sociedad y eso contribuye a debilitar al enemigo. Hay que recordar que el terrorismo es un método prohibido por el DIH, por lo que, si un ciberataque consiste exclusivamente en generar terror a una población, este sería un método de guerra prohibido[10] y constituiría incluso un crimen de guerra. Es así, que no todos los ciberataques pueden ser justificados bajo la regulación del DIH. Teniendo en cuenta lo dicho, se vuelve de suma importancia que los Estados regulen este tipo de ataques, para actuar dentro de tanta incertidumbre. Resulta pertinente revisar algunos ejemplos para evidenciar lo antedicho.

2.3 Casos reales

Se tomarán dos casos calificados como guerras cibernéticas, ocurridos en el marco de un conflicto armado internacional[11], y un tercer caso de ataque cibernético, que, si bien no tiene como contexto un conflicto armado, tiene como propósito ilustrar de manera clara los efectos tangibles de un ataque de este tipo. El primer caso tuvo lugar en Kosovo en 1999[12].

2.3.1. Kosovo 1999

Para comprender el conflicto armado en Kosovo hay que mencionar un antecedente histórico muy importante. Kosovo era una ciudad ubicada en el sur de Serbia cuya población estaba compuesta mayoritariamente por un grupo étnico albanés. Gozaban de mucha autonomía de gobierno hasta que en 1989 el presidente serbio les quitó su autonomía y los puso bajo el régimen de Belgrado, la capital[13]. El conflicto armado comienza en 1998 cuando se enfrentaron militares serbios contra el grupo mayoritario albanés de Kosovo, causando alrededor de 1,500 muertes y la emigración de 400,000 personas. Un año después, el conflicto armado seguía existiendo, por lo que la OTAN planeó una intervención para bombardear Serbia. Se dice que varios grupos de *hackers* pro serbios y anti OTAN como *The Black Hand* intervinieron en el sistema de software de la OTAN para impedir las operaciones que tenía planeado este organismo. Por otro lado, las fuerzas estadounidenses *hackearon* el sistema de las fuerzas aéreas serbias para facilitar un ataque aéreo que se había planeado[14].

9 Diamond, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.*
10 Artículo 51 numeral 2, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas Durante Conflicto Armado.
11 Los siguientes casos son todos una traducción libre de inglés a español.
12 *Cf.* Schreier, Fred. *On Cyberwarfare*. DCAF Horizon 2015 Working Paper, No. 7. (2015): https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/OnCyberwarfare-Schreier.pdf.
13 NATO (1999). Nato's Role in Kosovo
14 *Cf.* Schreier. *On Cyberwarfare*.

2.3.2. La guerra Rusia – Georgia agosto 2008

Las tensiones entre Georgia y Rusia, dan comienzo en el 2008, dado que un grupo separatista de Osetia del Sur decidió atacar a Georgia[15]. Tras esta intervención, la estrategia militar rusa tomó otro rumbo. En vez de seguir con los tradicionales ataques terrestres, escogieron instaurar una agresiva campaña electrónica contra el gobierno de Georgia. Los objetivos fueron las páginas web estatales, páginas de las instituciones financieras y educativas, incluidas las páginas de las embajadas de los Estados Unidos y de Inglaterra. Por otro lado, el gobierno de Putin decidió atacar a medios de comunicación como la BBC y CNN, por tener información sobre el conflicto muy valorada. Uno de los puntos clave, fue la lesión en la moral nacional de Georgia: fueron incapaces de mantener sus redes informáticas funcionando correctamente, lo que llevó a debilitarse frente a su enemigo. Este caso es muy emblemático ya que fue uno de los primeros donde se pudo evidenciar un manejo exitoso de la tecnología, con sus respectivas ventajas militares. A su vez, se ha convertido en un estándar para poder medir las implicaciones negativas que la cibernética puede traer a la población civil, a pesar de que en este caso no hubo daños tangibles a civiles o a infraestructura tecnológica civil[16].

2.3.3. Ataques cibernéticos contra las instalaciones nucleares de Irán, de 2009 a 2010

En 2009, el presidente Barack Obama, dentro de las tensiones entre Estados Unidos e Irán, decidió continuar con los ataques cibernéticos hacia las instalaciones nucleares en Irán, teniendo como antecedente las tensiones entre las dos naciones[17] las cuales se habían iniciado durante el período anterior con el ex presidente Bush[18]. Los ataques consistían en la infiltración de un *cyber worm* llamado *Stuxnet,* el cual operó en las instalaciones nucleares de Nantanz en Irán (que se encontraba violentando el tratado de no proliferación de armas nucleares de 1970). *Stuxnet* es un arma cuyo objetivo consiste en atacar y deshabilitar los centrífugos nucleares necesarios para la producción de armas. Así, se desaceleró el proceso de creación de armas nucleares de Irán. Stuxnet era capaz de falsificar la información para así camuflarse a través de un control lógico programable[19]. El *cyber worm* era tan efectivo, que era capaz de ocultar el daño causado hasta la etapa final del proceso y recién ahí se manifestaba,

15 *Cf.* White, Sarah. *Understading Cyberwarfare, Lessons from the Russia-Georgia War. Modern War Institute.* (Marzo 2018): https://mwi.usma.edu/wp-content/uploads/2018/03/Understanding-Cyberwarfare.pdf

16 *Cf.* Schreier, *On Cyberwarfare*.

17 Es importante recalcar que dichas tensiones no llegaron a calificarse como un CAI.

18 *Cf.* D'Ascanio, Margherita. *Iran victim of Cyberwarfare, ICRC Casebook. ICRC.* (2015): https://casebook.icrc.org/case-study/iran-victim-cyber-warfare.

19 *Cf.* Traducción libre. Lipovsky, Robert. *Seven years after Stuxnet: Industrial systems security once again in the spotlight. We Live Security by Eset.* (Junio 2017): https://www.welivesecurity.com/2017/06/16/seven-years-stuxnet-industrial-systems-security-spotlight/.

con lo que se podía registrar el daño. El gobierno iraní confirmó que gran cantidad de su material en proceso de formación resultó dañado y que no sería tarea fácil recuperarse de los perjuicios, estimando un período de meses o años para poder reivindicar el material perjudicado.

Después de revisar estos casos desarrollados en múltiples escenarios, se puede tener una noción más clara acerca de ¿en qué consiste un ataque cibernético? y ¿cómo operan en el contexto de un conflicto armado? Es posible identificar cómo estos ataques podrían representar un riesgo para la población civil en caso de que se asalten plataformas que proveen recursos y suministros esenciales para servicios básicos. Por tanto, es necesario ahondar cómo interactúa el DIH con este nuevo método de conflicto.

2.4 ¿Cuándo entra en juego el DIH en operaciones cibernéticas?

EL DIH interviene en la medida en que una guerra cibernética se lleve a cabo dentro del marco de un conflicto armado internacional o no internacional. El desarrollo de las hostilidades es normado por el DIH:

> La finalidad del Derecho Internacional Humanitario es solucionar los problemas de índole humanitario derivados de los conflictos armados, limitando el derecho de las partes implicadas a elegir los medios y los métodos de hacer la guerra y protegiendo a las personas y a los bienes que pudieran verse afectados por ellos[20].

Sin embargo, los métodos y medios de guerra a los que se hace alusión son los tradicionales. En cambio, los métodos de guerra a los que se refiere esta investigación tienen elementos de otra índole. Como hemos visto, gozan de particularidades tales como el anonimato de quien produce el ataque, el uso de tecnología avanzada, la rapidez y amplitud de la difusión de sus efectos e incluso el hecho de que el ataque pueda ser realizado desde cualquier lugar, lo que significa que las partes no necesitan un contacto directo o cercano. Diamond comenta que en su primera instancia, el DIH no tenía manera de saber cómo evolucionaría la dinámica de un conflicto armado en el futuro, pero el Protocolo Adicional primero a los Convenios de Ginebra, en su artículo 36, confirma que no sería necesario revisar o recodificar los postulados del DIH, porque los Estados tienen la obligación de adecuar cualquier nueva arma o método de guerra a los principios, prohibiciones y normas del DIH[21]:

20 Cruz Roja Española. *Fines y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Cruz Roja Española. (Acceso el 29 de noviembre de 2019):* http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647065&_dad=portal30&_schema=PORTAL30.

21 *Cf.* Diamond, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.*

> Artículo 36 - Armas nuevas
> Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante[22].

Siguiendo con el argumento de Diamond, él considera que si bien el artículo 36 es un gran paso hacia adelante para poder cubrir el campo de la guerra cibernética y sus implicaciones, existen varios obstáculos cuando se habla de la efectiva aplicación de esta normativa. Como bien menciona Diamond, los hechos deben subsumirse en la ley, de forma que si estos no son del todo claros, difícilmente podría hablarse de una correcta aplicación legal[23]. El autor indica que el acceso a la información necesaria para poder hacer este ejercicio en el caso de las guerras cibernéticas, normalmente se enfrenta a las siguientes dificultades: es poco común que los Estados develen la tecnología que emplean para el desarrollo de sus ataques; la identidad de las partes que conducen los ataques muchas veces es muy difícil de rastrear; y el progreso de las políticas y guías aplicables a las guerras cibernéticas no alcanzan el ritmo al cual estas tecnologías se desarrollan[24].

Por otro lado, cuando las reglas del DIH se queden cortas, es viable aplicar la cláusula *martens*. Dicha cláusula constituye una norma abierta, no precisa qué es exactamente, sin embargo existen varias interpretaciones sobre su alcance y aplicación. Pese a las discrepancias, en la doctrina la interpretación más amplia comprende que cuando la protección no esté regulada por el DIH, se queda protegido por el derecho de gentes o por la costumbre[25]. En este sentido, el vacío normativo que puede dejar una guerra cibernética, puede ser solventado por la cláusula *martens*.

2.5. Normativa supletoria

Subsidiariamente a las reglas del DIH, está el Convenio sobre la ciberdelincuencia, el cual se mencionó previamente. Este fue negociado por el Consejo de Europa con la aclaración de que cualquier Estado fuera de esta región puede formar parte si así lo quisiera. El artículo 39 de dicho convenio estipula que su objeto es "completar los tratados o acuerdos multilaterales o bilaterales aplicables entre las Partes"[26]. Así es como el referido Convenio busca reforzar

22 Artículo 49, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

23 *Cf.* Diamond, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.*

24 *Cf.* Diamond, *Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare.*

25 *Cf.* Traducción libre. Rupert Ticehurst, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados," *Revista Internacional de la Cruz Roja 22, no. 140* (Abril 1997): p.1, 10.1017/S0250569X00021919.

26 Artículo 39, Convenio sobre la ciberdelincuencia.

Tratados previamente adoptados por los Estados Partes del Consejo de Europa. También busca que los Estados fortifiquen de manera interna su normativa penal, incluyendo las disposiciones relativas a las guerras cibernéticas[27].

Además de las normas que hemos revisado, no se puede dejar de mencionar como una fuente doctrinaria *The Tallin Manual on the Interational Law Applicable to Cyber Warfare.* Este fue preparado por un grupo internacional de expertos por invitación de *The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (*NATO CCD COE), organización militar con base en Tullin, Estonia, acreditada por la OTAN como un centro de excelencia. En 2009, este centro se reunió con el grupo de expertos con el propósito de juntar en un solo documento la normativa que regula la guerra cibernética. Para poder llevar a cabo este proyecto, se tomaron como modelo otras iniciativas similares, por ejemplo, las realizadas por el Instituto de Derecho Internacional Humanitario, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*[28]*.* Este grupo de expertos comenta que este esfuerzo resultó de gran necesidad debido a la relevancia que ha cobrado este distintivo método de guerra desde 1990.

En este sentido es relevante explorar cómo define este instrumento las guerras cibernéticas en el marco de un CAI o CANI. De esta manera, establece que las guerras cibernéticas son ataques hacia computadoras o sistemas computacionales por medio de flujos de datos, lo que constituirá un método de guerra. Es una definición muy parecida a la que ya habíamos mencionado previamente. Adicionalmente, la regla 30 del *Tallin Manual* prescribe que un ataque cibernético es una operación cibernética. Esta puede tener un carácter tanto defensivo como ofensivo, por lo que se espera razonablemente que el ataque cause perjuicio o muerte a personas, o daño y destrucción a objetos[29]. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que las definiciones que el *Tallin Manual* aporta son completas. Estas se asemejan a las que se presentaron anteriormente. Lo que busca esta obra doctrinaria es desglosar las guerras cibernéticas en el marco de un conflicto armado con el propósito de analizar cada una de sus aristas por separado, y brindar claridad sobre la información que se tiene sobre cada subtema. Por ejemplo, este cuerpo va desde tener todo un glosario lleno de términos, hasta establecer qué ocurre en un conflicto armado, la responsabilidad de los agentes que producen estos ataques, los daños a las personas y bienes protegidos por el DIH.

Una vez analizada la normativa complementaria al DIH, se vuelve procedente revisar y analizar algunos principios de este derecho.

27 Artículo 39, Convenio sobre la ciberdelincuencia.

28 *Cf.* Traducción libre. International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. *Tallin Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare*. Cambridge University Press (2013): http://csef.ru/media/articles/3990/3990.pdf.

29 *Cf.* Traducción libre. International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Tallin Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare, art. 30.*

3. ¿Qué principios entran en discusión y por qué?

Aun teniendo lagunas importantes en materia de las guerras cibernéticas, por la falta de regulación en este tema, los principios rectores del DIH toman un rol importante en este aspecto, ya que constituyen directrices en el campo de la cibernética.

3.1 Principio de distinción

No siempre es claro cómo se pueden respetar los principios del DIH, sobre todo unos más que otros, así como el principio de distinción. Este constituye uno de los vectores del DIH, y trata de distinguir tanto entre combatientes y no combatientes, como entre objetivos militares y civiles. De esta forma, se delimita a dónde pueden ser dirigidos los actos de guerra. Bajo este principio se establece que ciertas personas como ciertos bienes, no puedan ser objetivos militares. Los que no participen directamente en las hostilidades, como los que no pertenezcan a una de las partes del conflicto, no pueden ser atacados, así como tampoco pueden serlo los heridos, los prisioneros de guerra o aquellos que hayan dejado las armas. Además, de los civiles, hay otros protegidos por el DIH, como los religiosos y el personal sanitario, así como otras personas que gozan de protecciones especiales[30]. Cumplir con el principio de distinción, requiere de un nivel de direccionamiento muy específico de los ataques por parte de las partes beligerantes. Según Schreier, hay cuatro reglas que se desprenden de este principio. La primera consiste en que los ataques pueden ser solo contra objetivos militares, como consta en el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra[31]. La segunda, prohíbe los ataques indiscriminados. En este mismo Protocolo, más específicamente en su artículo 51 numeral cuarto, los ataques indiscriminados son:

> a. los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
> b. los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
> c. los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil[32].

30 Artículo 48, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.
31 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.
32 Artículo 51, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

Continuando con Schreier, la tercera regla versa sobre la necesidad de minimizar los daños colaterales civiles y que estos no sean desproporcionados con respecto a la ventaja militar obtenida. La última, trata sobre la necesidad de tomar las precauciones necesarias para asegurar que lo anterior se cumpla[33]. Ahora, tal como indica Pascucci, la naturaleza misma de los ciberataques no permite que este principio siempre sea satisfecho.

Nos encontramos frente a varios problemas. Uno de ellos es que la protección a civiles no podrá ser siempre la adecuada, puesto que los efectos de un ciberataque pueden llegar a los sistemas civiles, al tener un carácter impredecible e incontrolable[34]. A modo de ilustración, Distein compara un ciberataque con armas biológicas: así como los virus bacteriológicos pueden contagiar no solo a las partes del conflicto sino también a personas protegidas, los virus de computadoras pueden expandirse hasta sistemas civiles. El Comité Internacional de la Cruz Roja, mira con preocupación a los ataques cibernéticos, porque estos podrían no cumplir con el principio de distinción:

> Cuando los ordenadores o las redes de un Estado son objeto de un ataque, una infiltración o un bloqueo, la población civil puede verse privada de servicios básicos como el abastecimiento en agua potable, la asistencia sanitaria y el suministro eléctrico. En caso de paralización de los sistemas de posicionamiento global por satélite (GPS), es posible que haya víctimas civiles, por ejemplo, si se interrumpen las operaciones de vuelo de los helicópteros de rescate que prestan servicios vitales. Las presas, las centrales nucleares y los sistemas de control aéreo también son vulnerables en caso de ataque cibernético, a causa de su dependencia de los ordenadores[35].

El principio de distinción prohíbe también los ataques indiscriminados, es decir, ataques que no apuntan a un objetivo militar específico, concreto. Sin embargo, los ataques a las redes informáticas, sí pueden constituir ataques indiscriminados, dada la interconectividad de las computadoras. Además, el protocolo adicional I, califica de indiscriminado un ataque que trate como un objetivo militar a varios objetivos militares precisos y separados, situados en una zona de habitación civil o bienes civiles[36]. Por lo anterior, es difícil que los ciberataques cumplan con el principio de distinción, pues no siempre están dirigidos contra un objetivo militar concreto, ni tampoco podrían dirigirse contra ellos, puesto que sus efectos no son previsibles y con mayor razón tampoco controlables. De esta manera, se incumplirían los requisitos del artículo

33 *Cf.* Traducción libre. Schreier, *On Cyberwarfare*.

34 *Cf.* Traducción libre. Pascucci, Peter. *Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution. University of Minnesota Law School, Scholarship Repository.* (2017): https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1256&context=mjil.

35 Comité Internacional de la Cruz Roja. *¿Qué límites impone el derecho de la guerra a los ataques cibernéticos? CICR. (Junio 2013):* https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.htm.

36 *Cf.* Traducción libre. Yoram Dinstein, "The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts," *Journal of Conflict and Security Law 17, no. 12. (Agosto* 2012), https://doi.org/10.1093/jcsl/krs016.

51 ya citado, que establece los ataques que son considerados indiscriminados. Como hemos visto, el principio de distinción no siempre puede ser satisfecho en las guerras cibernéticas, por lo que el daño colateral que se da en civiles, existe.

3.2 Principio de proporcionalidad

Con esto último, entra en juego el principio de proporcionalidad. Este principio dispone que los daños colaterales a civiles que resulten de algún ataque dentro del marco de un conflicto armado, no pueden ser excesivos en comparación con la ventaja militar directa y concreta que se pueda obtener del ataque, es decir, la ventaja militar debe ser superior a los daños incidentales. Como apunta Dinstein, el principio de proporcionalidad descansa en la previsión del daño colateral y en la expectativa de la ventaja militar, es decir, concluye en la obligación de un análisis previo al ataque. En el caso de que un ataque produzca daños excesivos inesperados e imprevistos, el ataque no sería considerado como una violación al principio de proporcionalidad. Además, la ventaja militar debe ser concreta y directa, y –siguiendo con Dinstein– esto significa que se debe evaluar cada uno de los elementos, por más aislados que sean, con respecto a la ventaja militar. En la cibernética el ataque se da en contra de una serie de computadoras, pero solo tomando a todas las computadoras como un conjunto, se podría realmente identificar la ventaja que esto traería[37].

Por otro lado, Pascucci trae a colación el problema de definir los efectos indirectos o bien los efectos rebote que puede traer consigo una guerra cibernética. Este tipo de efectos se da debido a la interconectividad de las computadoras y de los sistemas en el ciberespacio. Citando el Manual de Tallin, este autor dictamina que estos efectos indirectos comprenden las consecuencias demoradas o desplazadas de la acción. No obstante, no resulta claro cuantos niveles de este efecto cascada deberían ser tomados en cuenta como daño colateral para así proceder con el análisis de proporcionalidad. No solo eso, sino que tampoco es evidente el nivel de detalle y precisión necesarios para determinar estos rubros. Por otra parte, es importante anotar que los datos que guardan las computadoras pueden variar tremendamente en cuestión de minutos, por lo que prever cuál sería el daño colateral causado a un determinado sistema cibernético, no siempre puede ser acertado. Es decir, si un ataque dentro de un conflicto es planeado en contra de cierto objetivo militar, muy probablemente, a la hora que efectivamente se de dicho ataque, el objetivo militar podría haber cambiado drásticamente. Es por esto que el análisis de un daño colateral excesivo se vuelve proporcionalmente más complejo[38]. Si bien es cierto que

37 *Cf.* Traducción libre. Dinstein, *The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts.*
38 *Cf.* Traducción libre. Pascucci, *Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution.*

los objetivos militares tradicionales también son cambiantes, la magnitud y la rapidez con la que pueden cambiar los objetivos cibernéticos es la que marca una diferencia significativa entre unos y otros.

3.3. ¿Participación directa?

Se analizará primero qué acciones consisten en participación directa y cuáles no. Aquí nos preguntamos: ¿construir un *malware* constituye una participación directa? La importancia de discutir esto reside en que los civiles que participen directamente en las hostilidades se convierten en objetivos militares, por lo tanto, pueden ser atacados y pierden su protección, como consta en el Protocolo Adicional I[39] .

Melzer, a través de ciertos estándares, nos aclara qué actos implican una participación directa de los civiles en las hostilidades. La participación directa tiene como base tres estándares, que son: el umbral de daño; la causalidad directa, y por último el nexo beligerante. Para que se considere como directa una participación, debe haber dentro del umbral de daño, probabilidades de que el acto tenga efectos adversos en las operaciones militares o sobre la capacidad militar de la parte adversa, o bien, que cause muertes, heridas o destrucción de personas o bienes protegidos contra los ataques directos. Analizando la causalidad directa, Melzer establece que debe existir un vínculo causal directo entre el acto y el daño. Por último, sobre el nexo beligerante, se busca que el propósito específico del acto cause directamente el umbral de daño exigido[40]. Hay otros autores, como Rodríguez-Villasante, citado por Reguera, que opinan que la participación tiene que ver con la preparación del ataque, desde que comienza hasta que termina la participación activa. Reguera, en cuanto a los ciberataques, afirma lo siguiente:

> De la misma manera puede ocurrir con los ciberataques. Así, por ejemplo, un hacker podría preparar un virus para ser introducido en el sistema informático que controla los procesos de una planta de depuración de aguas y que, al cabo de unos días, provoque muertos por envenenamiento entre la población. El inicio de la participación directa lo definiría el momento en que empieza a diseñar el virus informático, sin embargo el final no queda claro. Se podría decir que acaba cuando lanza el virus, aunque los efectos se manifiesten después. Cabe también preguntarse si se le podría atacar, en el momento de conocer los efectos, aunque haya pasado ya un tiempo[41] .

39 Artículo 51, numeral 3, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

40 *Cf.* Melzer, Nils. *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. CICR. (Diciembre 2010): https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih.

41 Reguera, Jesús. *Aspectos legales en el ciberespacio. La ciberguerra y el derecho internacional humanitario. GESI.* (Marzo 2015): http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/aspectos-legales-en-el-ciberespacio-la-ciberguerra-y-el-derecho-internacional-humanitario.

Reguera, basándose en Rodríguez-Villasante, opina que la participación directa dentro de una guerra cibernética ocurre desde el momento de la preparación hasta cuando se termina el acto. Sin embargo, sigue la duda de si toda preparación debería contarse como una participación directa. Finalmente, el *Tallin Manual*, nos da una dirección más clara. En la regla 35, sobre la participación directa en las hostilidades por los civiles, numeral 4, se toman los tres criterios de Melzer para calificar la participación e incluye un ejemplo: en cuanto al umbral de daño, habría una participación directa en caso de un ciberataque que interrumpa las órdenes del enemigo y el control de su red. En la causalidad directa, hablaríamos de que la interrupción de las órdenes del enemigo como el control de su red, hayan sido causa directa de dicho ataque. Se cumpliría con el nexo beligerante si es que el sistema fue utilizado para dirigir las operaciones militares. También se advierte, dentro del Manual, que existieron diferencias de opiniones en cuanto a la aplicación de los criterios para acciones muy particulares[42].

4. ¿Cómo se atribuye la responsabilidad en ataques cibernéticos?

4.1 Anonimato

Hablar de responsabilidad en el marco de guerras cibernéticas, no resulta una labor fácil de determinar, pues es bien sabido que una de las características del espacio cibernético, es el anonimato. Efectivamente, exigir responsabilidades no siempre es posible dado que los actores en el mundo electrónico pueden no ser identificables, pueden ser varios y no todos se encuentran en un mismo lugar. Esto hace que imputar responsabilidad sea una tarea complicada. Identificar la fuente o servidor en donde se originó un ciberataque, es dificultoso. Además, pasar de ahí a identificar los autores reales de dicho ataque, es aún más complejo, pues no siempre el responsable del ciberataque será el que está detrás de dicho servidor. También, en el caso de que se lograra rastrear una dirección IP u obtener algún indicio que lleve a alguna posible identidad, esta no siempre podría dar con el autor material. Esto último, por el hecho de que los dispositivos mutan con una rapidez y una facilidad exponencial que pueden dirigir la búsqueda a un sinfín de ubicaciones, ya que el hecho de rastrear los servidores puede ser también *hackeado*. Otra de las complicaciones es el llamado "ordenador zombi", mediante el cual una tercera persona tiene el manejo de otro ordenador, sin que el dueño del ordenador tenga conocimiento de lo sucedido[43]. El resultado de esto es que muchas veces se deja en la im-

42 *Cf.* Traducción libre. International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Tallin Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare*.

43 *Cf.* Reguera, *Aspectos legales en el ciberespacio. La ciberguerra y el derecho internacional humanitario.*

punidad las violaciones al derecho internacional humanitario ocurridas en el campo cibernético. Ahora, si es que la normativa llegara al nivel de desarrollo en el que no sea posible la impunidad, probablemente las partes beligerantes harían todo lo posible y necesario para cumplir con la normativa y principios analizados con anterioridad.

5. Conclusión

Para concluir, las guerras cibernéticas se desarrollan en el ciberespacio, lo que podría para algunos llegar a ser un concepto abstracto. Sin embargo, las guerras cibernéticas sí pueden llegar a tener repercusiones en la realidad tangible. De hecho, la historia nos muestra que esto efectivamente ocurre, ocasionando graves daños materiales. Vale la pena mencionar que estos ataques resultan relevantes para el DIH siempre que se den en el marco de un conflicto armado. No obstante, la regulación de las guerras cibernéticas resulta un desafío puesto que la rapidez con la que se desarrollan los medios tecnológicos es exponencial frente al paso con el que las regulaciones pueden ser modificadas y más que nada adecuadas a las nuevas realidades. Por esta misma razón, la aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario en las guerras cibernéticas se convierte en un reto. Este es un tema que sin duda es relevante, no está completamente explotado y existen muchas aristas por analizar. Además, esta investigación debe ser hecha por los Estados en conjunto con especialistas de la cibernética. Sin duda, se necesitan soluciones para encontrar mecanismos de aplicación en esta modalidad de guerras, para que estos puedan cumplir con el objetivo del derecho internacional humanitario, que es dar el mayor ámbito de protección posible a los civiles y en general a aquellas personas y objetos protegidos por este derecho.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Selección y revisión de la Corte Constitucional: ¿desnaturalización de la facultad?

Selection and Judicial Review System of the Constitutional Court: Denaturation of the Faculty?

Cristina Alexandra Pazmiño Carrera*

Recibido / Received: 18/01/2020
Aceptado / Accepted: 04/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2171

Citación:
Pazmiño Carrera, C.A. «Selección y revisión de la Corte Constitucional: ¿desnaturalización de la facultad?». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 89 - 116, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2171

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: crisalexpaz@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3720-8417

Resumen

La Constitución de 2008 convirtió a la Corte Constitucional en un órgano para la creación de precedentes constitucionales. En esa medida, una de sus facultades más importantes es la selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la Corte no ha planteado con claridad el alcance de esta facultad. Ha tenido pronunciamientos contradictorios y, en ocasiones, parecería que ha invadido otras competencias. En este trabajo se realizó un análisis comparativo respecto del trámite de revisión colombiano para conocer cómo el tema ha sido abordado en el derecho comparado. A través del método inductivo y del estudio de varias sentencias de revisión en el Ecuador hasta la fecha, se estableció cómo la Corte ha entendido esta facultad, específicamente, a la luz del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Se concluyó que la Corte ha excedido su competencia y que es necesaria su autolimitación.

Palabras clave

Corte Constitucional; selección; revisión; *certiorari;* garantías jurisdiccionales; precedente constitucional

Abstract

The 2008 Constitution made the Constitutional Court an organ for the creation of constitutional precedents. To that extent, one of its most important faculties is the selection and judicial review of jurisdictional guarantees. However, in this regard, the Court has not clearly stated the scope of its jurisdiction. In fact, it has had contradictory pronouncements, *and, at times, it seems that it* has invaded *other faculties. In this work, a comparative analysis was carried out regarding the Colombian review system in order to know how the issue has been approached in comparative law. Through the inductive method and the review of some of the judgments reviewed in Ecuador to date, it was established how the Court has understood this power, specifically, in light of the constitutional right to legal certainty. It was concluded that the Court has exceeded its faculty and that it is necessary its self-limitation.*

Keywords

Constitutional Court; selection; judicial review; certiorari; jurisdictional guarantee; constitutional precedent

1. Introducción

El constitucionalismo mundial recoge las experiencias sociales más traumáticas y movilizadoras. Los golpes que enfrentaron los modelos de Estado de antaño se convirtieron en razón suficiente para idear una nueva forma de asumir al Derecho y, especialmente, a la Constitución y su papel dentro de la sociedad.[1] El Ecuador no ha sido ajeno a este proceso global; es así que el nuevo paradigma constitucional vio su consolidación con la Constitución de 2008.

Los modelos anteriores se caracterizaron por Cartas Fundamentales "jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez".[2] En esa medida, aparece la idea de un neoconstitucionalismo con características específicas. Se distingue por la función invasiva de la Constitución en el ordenamiento, la preferencia de los valores constitucionales por sobre las reglas, la aplicación directa de la Carta Magna, la jurisprudencia como fuente principal del derecho, la interpretación contra mayoritaria de los Tribunales o Cortes Constitucionales frente a una ley calificada como contraria a la Constitución, entre otras.[3] Este fenómeno se caracteriza especialmente por la sistemática constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que implica: "una Constitución extremadamente invasora, entrometida […] capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los poderes políticos, así como las relaciones sociales".[4]

En teoría, el nuevo escenario representa un cambio positivo como mecanismo de prevención, de seguridad jurídica y como un espacio de protección de derechos. Sin embargo, el apego irreflexivo a esta nueva concepción puede originar problemas que vale la pena analizar porque, más allá de los enunciados en torno a derechos en un cuerpo normativo, el verdadero uso del mismo marca el límite a la arbitrariedad.

La experiencia enseña que constituciones similares –hoy es fácil la copia bien o malintencionada de artículos de una Carta extranjera de moda– pueden servir

1 Autores como Pinto y Pazmiño precisan que la vertiente positivista y el formalismo dieron origen al constitucionalismo social en Alemania e Italia. La rigidez constitucional y la filosofía positivista de la justicia constituyeron un punto de soporte de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial. Por ello, aparecieron nuevos paradigmas constitucionales como respuesta. En Ecuador, las graves crisis económicas, sociales y la inestabilidad política, constituyeron los puntos de quiebre para la adopción de un nuevo sistema. *Ver*, Juan Montaño Pinto y Patricio Pazmiño Freire "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano", en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, ed. de J. Pinto (Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 28. Para una visión opuesta, consultar, Cf. Bern Ruthers. *Derecho Degenerado*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

2 Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en *Neoconstitucionalismo(s),* ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 20.

3 Pablo Leguísamo Bohórquez, *Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador*, Programa Maestría en Derecho Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018, http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6059/1/T2553-MDE-Leguisamo-Problemas.pdf Último acceso: 18/11/2020, 30.

4 Riccardo Guastini, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo (s),* ed. de M. Carnonell, Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 49.

simultáneamente de soporte a regímenes aceptablemente democráticos y a dictaduras arbitrarias, a sociedades progresistas y a modelos de injusticia brutal.[5]

Uno de los ejes más relevantes de cuestionamiento recae en la actuación de la Corte Constitucional. Corte, porque tiene el rol máximo de intérprete constitucional y de administración de justicia en la materia[6] y, en consecuencia, constituye el estandarte de este nuevo paradigma.[7]

Aunque este órgano tiene varias facultades,[8] una de las más importantes e ilustradoras del nuevo modelo pertenece a su capacidad de dictar precedentes a través del sistema de selección y revisión de casos de garantías jurisdiccionales. La relevancia de lo anterior yace en dos premisas fundamentales: es el intento más claro de constitucionalizar el ordenamiento jurídico[9] e ilustra la capacidad de la Corte de crear derecho objetivo en torno a las garantías jurisdiccionales; es decir, es la facultad de dotar de contenido a través de la casuística a los mecanismos o herramientas con los que cuenta la ciudadanía frente a la violación de sus derechos.

Desde la promulgación de la Constitución de 2008 (en adelante CRE) hasta el 30 de agosto de 2020 se han dictado veintidós sentencias dentro del proceso de selección y revisión. Se trata de una facultad bastante relegada por la Corte; esa marginación impidió su desarrollo y devino en la falta de definición y claridad en el alcance del sistema. La primera sentencia revisada[10] vio la luz dos años después de la vigencia del texto constitucional. Hasta el 2018 existían solo nueve sentencias de revisión, aproximadamente una decisión por año.

Resulta imperativo delimitar el alcance de esta atribución, fundamentalmente por dos razones: 1. La doctrina casi no ha abordado esta atribución. Aunque algunos autores se han pronunciado sobre el sistema de selección y revisión y su finalidad, muy pocos han discutido el verdadero alcance de la facultad.[11]

5 Alejandro Nieto, "Mecanismos jurídicos de control del poder", en *Las sombras del sistema constitucional español,* ed. J. R. Juan Ramón Capella (Madrid: Trotta, 2003), 383.

6 Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

7 Juan Pablo Aguilar sostiene que la Constitución de 2008 perfecciona el Estado Constitucional que se estableció en el Ecuador desde la última década del siglo XX; pero que ya se encontraba definido en la Carta Política de 1998. Por lo tanto, la actual Constitución no implica una forma diferente de asumir y utilizar el derecho constitucional, es decir, no sería ese gran nuevo paradigma constitucional. "Para quienes piensan que las cosas existen solo cuando tienen nombre la respuesta es simple: no hay duda que la Constitución vigente es la primera que califica al Estado ecuatoriano como Estado constitucional. El problema, sin embargo, no está en los nombres, sino en los contenidos". Cf., Juan Pablo Aguilar, *El mito del nuevo paradigma constitucional*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.

8 Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

9 La primera Corte mencionó que "la razón de ser de la finalidad de esta novedosa competencia de la Corte [refiriéndose a la selección y revisión] se encuentra acreditada concretamente a partir del ideal de la constitucionalización de la justicia ecuatoriana". Sentencia No. 001-10-PJO-CC, Corte Constitucional de Ecuador, 22 de diciembre de 2010, pág. 8.

10 Ver, Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

11 La mayor parte de autores solo describe el procedimiento o su finalidad. Ver, Pamela Aguirre, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019). Quizá el único autor que aborda el alcance del sistema de forma crítica y específica es el desarrollado por Emilio Suárez. Ver, Emilio Suárez, *Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana*, Programa Maestría en Derecho Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015 http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4769/1/T1781-MDE-Suarez-Distorsiones.pdf Último acceso 17/11/2020.

2. La nueva Corte, posesionada en 2019, volvió a hacer uso de esta competencia tras permanecer mucho tiempo en el olvido. Como se mencionó, hasta el 2018 solo existían nueve sentencias de revisión. Sin embargo, desde 2019 hasta agosto de 2020, los nuevos magistrados emitieron trece sentencias.[12] Debido a la trascendencia de esta facultad y del uso frecuente de la misma, se torna más importante que nunca discutir su verdadero alcance.

A través de este trabajo, se abordará el concepto, procedimiento y finalidad de la facultad de selección y revisión. Se discutirán sus límites a la luz del principio y derecho a la seguridad jurídica y, finalmente, se intentará determinar cuál debería ser el alcance de esta competencia. La metodología utilizada parte de un análisis comparativo con el modelo colombiano, pues Ecuador encontró en este su inspiración.[13] De la misma forma, existe un diálogo constante con la doctrina y un análisis inductivo de ciertas sentencias, a fin de proponer conclusiones generales.

2. Marco teórico

El modelo ecuatoriano de 2008 acoge la vertiente del garantismo constitucional, *ergo*; "tiene en la cúspide a la Constitución y a los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe sujetarse a estos presupuestos".[14] En consecuencia, el Estado tiene la obligación de ser el más respetuoso con los derechos y toda actuación debe guiarse por el principio de seguridad jurídica. Principalmente porque implica la: "certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación".[15]

La CRE de 2008 concibe a la seguridad jurídica no solo como un principio, sino como un derecho de rango constitucional. Esto tiene sentido al advertir que su observancia es indispensable "para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales".[16]

12 En las sentencias de revisión, la Corte se ha pronunciado sobre los términos para resolver dentro del sistema de selección y revisión, sobre la necesidad de notificar a las partes del caso, entre otras. Ver, Sentencia No. 159-11-JH/2019, Corte Constitucional de Ecuador, 26 de noviembre de 2019. También, ha modificado ciertos aspectos procesales y delimitado funciones a través de la Reforma al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional el 08 de mayo de 2020.

13 El Tribunal Constitucional era fundamentalmente un tribunal de alzada de las acciones de amparo. Con la Constitución de la República del Ecuador de 2008, apareció la Corte Constitucional con características y facultades nuevas y propias de la Corte colombiana como su importancia por la creación de precedentes y su facultad para revisar fallos de garantías constitucionales (en Colombia es la revisión de fallos de tutela). Ver, Albert Noguera-Fernández, Albert y Marcos Crido de Diego, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Revista Estudios Socio-Jurídicos 13* (2011), 5-49. Ver, Claudia Escobar, *Transconstitucionalismo* y diálogo *jurídico* (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2011).

14 Jheison Torres Ávila, "La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo", *Revista de Derecho* 47 (enero-junio 2017): http://dx.doi.org/10.14482/dere.47.9761, 166.

15 Leticia León González, Dunia Margarita Barrueta Quesada y Luis Alberto Martell Alonso, "La seguridad jurídica una proyección general", *Revista Conrado* 66, (marzo 2019): 292, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442019000100292, 295.

16 Ángel Peñafiel Espinoza, Alfonso Ordeñana Romero y Rafael Zeballos Zambrano, "La garantía constitucional de la seguridad jurídica y su relación con los derechos fundamentales en la república del Ecuador", *Revista Espirales* 22 (noviembre

Riofrío Martínez-Villalba precisa que este derecho puede ser entendido en dos dimensiones: el conocimiento del Derecho y el reconocimiento del Derecho.[17] La primera arista comprende la observancia del Derecho objetivo y de los derechos subjetivos; es decir, las normas deben ser claras y pueden/deben ser conocidas. La segunda dimensión comporta la: "estabilidad, respeto y vigencia del Derecho objetivo, de las instituciones jurídicas y de los Derechos subjetivos".[18] En otras palabras, se sustenta en la certeza del derecho en su publicidad y aplicación.[19] La CRE reconoce ambas condiciones porque señala que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en: "el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas (conocimiento) y aplicadas por las autoridades competentes (reconocimiento)".[20]

Este derecho tiene otra dimensión relativa a la "certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica" y que la misma no podrá ser modificada por procedimientos que no hayan sido establecidos de manera clara y previa.[21] La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la seguridad jurídica comporta un ambiente de previsibilidad de la actuación de autoridades incluidos los jueces, *ergo*: "excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes".[22]

Lo anterior resulta fundamental a lo largo de este análisis porque irradia todo el sistema de selección y revisión. Por un lado, lo hace respecto del proceso y las condiciones que deben ser observadas para el ejercicio de la facultad. Por otro lado, en relación a la situación jurídica de las partes, nos lleva a cuestionar hasta qué punto el principio fija el carácter excepcional de la resolución de fondo y la limitación de una interpretación amplia de la Corte al ejercer su competencia principalmente porque, como se verá a lo largo de este trabajo, la CRE y la legislación no contemplan la modificación de los fallos de instancia de las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la Corte ha entendido que tiene la posibilidad de abrir el caso y resolver sobre el fondo si detecta vulneración de derechos. Como se analizará en este ensayo, esto resultaría problemático por tres cuestiones principales. i. La dificultad de ponderar el derecho presuntamente vulnerado en la sentencia de instancia frente al derecho a la seguridad jurídica. ii. La relativización de la cosa juzgada en materia constitucional porque la Corte podría revisar la sentencia de instancia en cualquier momento y cambiar el fallo. Es decir, la decisión de primera instancia e incluso la de apelación no pondrían, materialmente, fin al proceso. iii. La inseguridad que

2018): 39, http://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/375, 41.

17 Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, "El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica", en *Seguridad Jurídica* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 55.

18 Ibíd.

19 Leticia León, Dunia Barrueta y Luis Martell, "La seguridad jurídica: una proyección general".

20 Artículo 82, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

21 José López Oliva, "La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789", *Revista Prolegómeno: Derechos y Valores* 28 (julio-diciembre 2011): 121, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3849989, 123.

22 Sentencia Nº 016-10-SEP-CC, Corte Constitucional de transición de Ecuador, 28 de mayo de 2010.

genera el cambio de una decisión tras varios años de haber transcurrido el fallo. Debido a la gran cantidad de causas, resulta casi imposible cumplir con la revisión en el plazo dispuesto en la ley y esto ha sido reconocido por la Corte. Empero, ¿qué sucedería si se concede una reparación, se reconoce un derecho y demás supuestos, y años después se revoca la decisión en revisión? Podría trastocar la seguridad jurídica y la situación jurídica consolidada. Esto es tan relevante que, de hecho, fue abordado en el marco de una acción extraordinaria de protección (en adelante AEP).[23]

2.1 Marco normativo

La mayor innovación de la CRE de 2008 consistió en eliminar la competencia de la Corte para conocer apelaciones de procesos de amparo y transformarla fundamentalmente en un tribunal para generar precedentes.[24] El artículo 436 de la Constitución establece que la Corte tiene la facultad de:

> 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) estableció las reglas aplicables para la selección de sentencias y su eventual revisión. El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte, reformado en el 2020, detalló con mayor precisión el procedimiento y trámite correspondiente. Finalmente, el Protocolo de Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios de 2010 marca ciertos parámetros para la selección.

Estas normas constituirán el marco normativo alrededor del cual se efectuará el presente análisis, ya que regulan la competencia de selección y revisión de la Corte.

2.2 Estado del arte

Pocos textos se refieren en específico a las facultades de la Corte en torno al sistema de selección y revisión. La mayor parte de aproximaciones se enmarca

23 En una AEP, se dejó sin efecto la sentencia del tribunal de instancia por vulneración de derechos. Se precisó que los anteriores miembros de la Corte Constitucional no resolvieron oportunamente la causa, esto produjo que existieran situaciones jurídicas consolidadas. *Ergo*, se estimó que "los efectos de un nuevo fallo no podrían generar responsabilidad ni ser atribuidos al accionante del (…) respecto de aquellos elementos de la reparación que ya fueron cumplidos por las autoridades obligadas". Esto evidencia la preocupación respecto a la situación jurídica de los individuos en el marco de un fallo. Sentencia No. 1320-13-EP/20, Corte Constitucional de Ecuador, 27 de mayo de 2020.

24 Agustín Grijalva, "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional", en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (Juan Pablo Aguilar (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 282.

en una descripción del proceso y su finalidad, pero muy pocos autores han asumido con verdadera contundencia un análisis sobre el alcance de esta facultad. A pesar de lo anterior, sí existe una discusión sobre la importancia de esta competencia. Así, por ejemplo, Zambrano acoge el principio de paralelismo de las formas jurídicas adoptado por Pérez Arroyo.[25] A la luz de este principio, una norma interpretativa emanada de un órgano con facultad para hacerlo, como por ejemplo los precedentes de la Corte en materia de derechos, se convierten en parte del texto de la norma interpretada. Según el autor, la Corte tendría una potestad cuasilegislativa, no solo para pronunciarse sobre el alcance de los derechos controvertidos, sino para reconocer nuevos derechos[26] o profundizar el contenido de los mismos.

Aguirre[27], a través de un estudio sobre el precedente, se refiere brevemente a la selección y revisión. Aclara que esto no es una instancia de apelación de las garantías jurisdiccionales porque esta competencia está diseñada para generar derecho objetivo. Reconoce que la Corte puede excepcionalmente pronunciarse sobre el fondo de un caso con efecto *interpartes* si detecta una vulneración de derechos que no haya sido reparada y si se cumplen los requisitos enunciados en el artículo 25 de la LOGJCC.

Por el contrario, Ramiro Ávila[28] mantiene una postura bastante amplia con respecto a las facultades de la Corte. Considera que el reconocimiento de la misma como garante de la Constitución y como máximo administrador de justicia en esta materia, le impone la obligación de tutelar derechos en todas las circunstancias. No se pronuncia específicamente sobre el sistema de selección y revisión, pero parecería que el nuevo paradigma constitucional, enmarcado en su postulado de constitucionalismo andino, trae como consecuencia el tutelaje de derechos en varios escenarios.

Carlos Bernal Pulido[29], sobre la revisión de sentencias de tutela en Colombia[30], aclara que los precedentes deben ser utilizados para casos específicos cuando existan vacíos normativos en el texto Constitucional o, en caso de que sea necesario, definir el alcance de un derecho controvertido.

---

25 Ver, Diego Zambrano, "Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional", en *Apuntes del derecho procesal constitucional: cuadernos de trabajo. Tomo 1*, ed. de Juan Montaña Pinto (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 227-256.

26 El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas […] Artículo 11, numeral 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

27 Ver, Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico* (Quito: UASB y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 159-281.

28 Ver, Ramiro Ávila Santamaría, Las garantías: Herramientas Imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos*, en la Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009).

29 Ver, Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008).

30 La acción de tutela es bastante similar a la acción de protección en Ecuador.

Una visión distinta se encuentra en los autores que sostienen la necesidad de autolimitación de la Corte. López[31] establece que la jurisprudencia es un conjunto de experiencias judiciales que se sustentan en la analogía fáctica. Los casos previamente decididos sirven para resolver nuevos conflictos. Al hablar de un precedente constitucional, únicamente cabría una analogía con la resolución previa y, por lo tanto, parecería que se excluye la capacidad de pronunciarse de nuevo sobre el fondo o hacerlo sería verdaderamente excepcional.

Suárez[32], con mayor firmeza, se opone a la capacidad de la Corte ecuatoriana para decidir sobre los temas de fondo por medio de una sentencia de revisión. Para él, admitirlo sería distorsionar la facultad. El ordenamiento ecuatoriano no previó la solución del fondo en materia de revisión; *ergo*, se estarían vulnerando derechos constitucionales relacionados con el debido proceso y la seguridad jurídica, de forma paradójica, por parte del máximo órgano de administración de justicia constitucional.

3. Nociones del sistema de selección y revisión

El proceso de selección y revisión de sentencias tiene su base en el *certiorari*, mismo que consiste en un proceso de revisión de las actuaciones y decisiones tomadas por tribunales inferiores. Esta institución, propia de la familia jurídica del *common law*, implica la orden *writ*, de un tribunal de alzada a su inferior, para que este le remita el expediente de lo decidido con la finalidad de verificar si existieron o no irregularidades. Al respecto, la Corte Suprema de los EEUU ha precisado que: "su papel institucional no es enmendar errores de otros tribunales, sino clarificar el derecho: 'lo importante no son los casos, sino las cuestiones o problemas que surgen de esos casos'".[33]

La lógica de esta institución ha sido acogida en el derecho comparado con ciertos cambios. En Colombia todos los fallos de tutela deben ser remitidos a la Corte Constitucional y este órgano selecciona discrecionalmente aquellos que considere relevantes para revisarlos. Pese a que esta es una facultad potestativa, no significa que sea arbitraria porque, aunque la Corte no necesita motivar la razón detrás de la no selección de decisiones, sí debe explicar que el caso seleccionado cumplió con los criterios de selección[34] establecidos en el

31 Ver, Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces* (Universidad de los Andes - Legis, Segunda Edición, Bogotá, 2006).

32 Ver, Emilio Esteban Suárez Salazar, *Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana*. http://hdl.handle.net/10644/4769

33 Juan Bautista Etcheverry, "How has the supreme court of the United States solved its excessive workload problem?" *Revista Chilena de Derecho* 43 (2016): 987, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372016000300009&lng=e&nrm=iso.

34 Los criterios son enunciativos y no taxativos y se encuentran clasificados en tres: objetivos, subjetivos y complementarios. Los objetivos buscan la unificación de la jurisprudencia o la necesidad de selección por la novedad del caso, para pronunciarse sobre una línea jurisprudencial, para aclarar el alcance o contenido de un derecho o por el desconocimiento de un precedente constitucional. Los subjetivos se refieren a la urgencia de proteger un derecho o la necesidad de materializar un enfoque diferencial. El último criterio responde a la lucha contra la corrupción, preservación del interés general, el examen

ordenamiento y principios[35] propios del proceso. En este modelo se reconoce que: "la labor de la Corte en materia de tutela, es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional".[36] La revisión de los fallos de tutela pretende trazar un camino de actuación y a la unificación de criterios.

3.1. Definición y finalidad en Ecuador

En el Ecuador las garantías jurisdiccionales pueden ser divididas en dos grandes categorías: aquellas que son de conocimiento de los jueces de la Corte Constitucional[37] y aquellas de conocimiento de jueces de primera instancia y cortes provinciales[38], llamadas también ordinarias. Estas últimas, por mandato constitucional[39] y por disposición legal[40], deben ser remitidas a la Corte Constitucional. La Corte escoge aquellas que considere relevantes según los parámetros que se desarrollarán en el acápite 4.1 y emite jurisprudencia vinculante a través de la revisión de las mismas.

Como las acciones ordinarias son de conocimiento de un amplio número de jueces, el objetivo del sistema de selección y revisión es que la Corte pueda: "asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia".[41] La interpretación que realice; "guía la actividad jurisdiccional de todos los intérpretes jurisdiccionales".[42] Entonces, el referido órgano no solo unifica los criterios de las acciones que no son de su competencia, sino que establece un mecanismo de disciplina del precedente,[43] La primera sentencia de revisión recoge lo que parecería ser el objetivo original del sistema:

> Marcando el camino, ratificando y creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de pro-

de pronunciamientos de instancias internacionales, la tutela contra providencias judiciales y la grave afectación al patrimonio público. Ver, Artículo 52, Reglamento de la Corte Constitucional de Colombia, Acuerdo 02, 22 de julio de 2015.

35 Los principios del proceso de selección son: transparencia, moralidad, racionalidad, eficacia, publicidad, autonomía judicial, economía procesal, celeridad, imparcialidad y seguridad jurídica. Ver, Artículo 51, Reglamento de la Corte Constitucional de Colombia.

36 Ana Giacomette Ferrer, "Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio constitucional?," en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro*. Coord. Eduardo Ferrer y Rogelio Flores (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro de 2017), 424.

37 Acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento de norma, por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

38 Acción de protección, acción de *hábeas data*, acción de *hábeas corpus*, acceso a la información pública y medidas cautelares autónomas.

39 Artículo 86, numeral 5, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

40 Artículo 25, numeral 1, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

41 Sentencia No. 045-11-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2011, pp. 8-9.

42 Id.

43 Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 222.

> cedibilidad, efectos, procedimiento, y por, sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general.[44]

Empero, es importante aclarar que tanto en el Ecuador como en Colombia se sostiene que el sistema de selección y revisión no se convierte en una instancia de apelación adicional. Giacomette menciona que en Colombia la revisión de fallos de tutela no es otra instancia, sino es: "un mecanismo de naturaleza diferente, *sui generis*, tendiente a la unificación de la jurisprudencia nacional".[45] En el Ecuador, la primera sentencia revisada señaló que la Corte: "a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en otra instancia de apelación",[46] lo cual, como se verá en este artículo, ha tenido ciertas contradicciones e inconsistencias a lo largo de los años.

3.2. Procedimiento

De acuerdo con la CRE y la LOGJCC, todas las sentencias de garantías jurisdiccionales deben ser remitidas a la Corte Constitucional en el término de tres días desde su ejecutoria.[47] La Secretaría General de la Corte recibe las decisiones y crea un registro individualizado que permite su identificación.[48] También, elabora informes con recomendaciones sobre casos para conocimiento de la Sala de Selección, en los que se detalla la pertinencia de la selección en base a los parámetros establecidos en el artículo 25 de la LOGJCC.[49]

Esta Sala escoge discrecionalmente aquellas decisiones en materia de garantías ordinarias que serán objeto de revisión y dispone su envío a la Sala de Revisión. No necesita motivar la exclusión de un fallo, pero debe explicar en el auto de selección que la sentencia elegida cumple con al menos uno de los siguientes parámetros: gravedad del asunto, novedad del caso, inexistencia de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional y relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.[50] Aunque la LOGJCC no define cada parámetro, los mismos han sido descritos a través de la jurisprudencia de la Corte y la doctrina. Estas causales serán observadas a

---

44 Sentencia No. 001-10-PJO-CC, párr.6.

45 Ana Giacomette Ferrer, "Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio constitucional?", 426.

46 Sentencia 001-10-PJO-CC, pág.8.

47 Artículo 5, Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, R.O. Suplemento 613, 22 de octubre de 2015.

48 Las sentencias son clasificadas y numeradas según el tipo de acción a la que se refieren. Se registran con la información del proceso de instancia: datos de los accionantes, detalle de las normas constitucionales y jurisprudencia que sirvieron de fundamento de la garantía; entre otras.

Artículo 26, Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

49 La Sala de Selección está conformada por tres jueces principales y tres alternos designados a través de sorteo en el Pleno. Los jueces alternos pueden intervenir en caso de excusa o recusación de un juez principal. La Sala tiene un periodo de funcionamiento de un mes.

Artículo 25, Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

50 Artículo 25, numeral 4, LOGJCC.

detalle en el apartado 4.1. Cabe resaltar que la Sala de Revisión puede dejar insubsistente la decisión de la Sala de Selección y ordenar el archivo de la causa escogida si considera que los criterios de selección dejaron de ser aplicables al caso o si la selección no fue debidamente motivada.[51]

Si la sentencia no fue seleccionada dentro del término de veinte días desde su recepción en la Corte "se entiende excluida de la revisión".[52] La Corte debe emitir su pronunciamiento en los cuarenta días siguientes a la elección.[53] Los términos anteriores no se entendieron de forma restrictiva y excluyente, es decir, el ente constitucional no los ha interpretado como un límite temporal, sino como una simple presunción y formalidad.[54]

La Magistratura aclaró que, cuando hubiese transcurrido un tiempo considerable entre la expedición de la sentencia ejecutoriada y la de revisión, la Corte debía considerar con mayor profundidad los efectos de la sentencia. En estos casos, expedirá jurisprudencia con efectos generales a menos que detecte que al momento de expedir la sentencia perduran los efectos de la violación de derechos. En ese caso, podrá ordenar la reparación adecuada para solventar las vulneraciones de derechos.[55] Las sentencias que no hayan sido escogidas deben ser remitidas a la Secretaría General para llevar un registro y estadística. Posteriormente, se las remitirá a archivo general.

Una vez seleccionados los casos se realiza un sorteo en el Pleno para determinar quién será el juez sustanciador. El juez avocará conocimiento de la causa, notificará a las partes y podrá ordenar las diligencias que considere necesarias para resolver. Elaborará un proyecto de sentencia y, una vez aprobado, la Sala de Revisión lo remitirá a la Secretaría General para que sea puesto en conocimiento del Pleno. Este último decidirá la aprobación o no de la decisión adoptada y, en caso de aceptarla, enviará el expediente al juez de primera instancia para que notifique la sentencia a las partes y ejecute la decisión dentro de un tiempo razonable. No cabe recurso alguno sobre las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección y revisión.

51 El juez sustanciador de la Sala de Revisión debe preparar un proyecto de auto en el que, de manera motivada, se deje sin efecto la decisión de la Sala de Selección.
Artículo 28, Reglamento de Sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

52 Artículo 25, numeral 6, LOGJCC.

53 Artículo 25, numeral 8, LOGJCC.

54 Por ejemplo, en el fallo No. 282-13-JP/19 consta que la sentencia fue remitida a la Corte el 16 de abril de 2013 y el caso se seleccionó más de un año después, en junio de 2014. La causa fue sorteada en marzo de 2019 y la jurisprudencia vinculante fue aprobada en agosto de 2019; es decir, seis años después de la remisión. Otro ejemplo: el fallo de revisión No. 904-12-JP parte del análisis de una sentencia remitida a la Corte en el 2012; sin embargo, la causa fue seleccionada el 28 de mayo de 2013.

55 Id., párr. 11.

4. Límites a la selección y revisión

El primer límite al sistema se encuentra en el artículo 25 de la LOGJCC, porque ahí se establecen las reglas para la selección de sentencias. Otro límite a la competencia de la Corte es la no afectación a los derechos de terceros.

4.1. Causales

La legislación establece ciertas reglas en torno al proceso de selección y revisión. Las mismas pueden ser divididas en tres aristas: 1. Las normas que regulan el procedimiento, mismas que fueron abordadas en los acápites *ut-supra,* 2. Parámetros para la selección, y 3. Consideraciones generales que deben ser observadas como la petición por parte del Defensor del Pueblo para que se seleccione una causa.

REGLAS DE LA SELECCIÓN Y REVISIÓN

Clasificación con fines didácticos de las normas contenidas en el artículo 25 de la LOGJCC.

PROCEDIMIENTO	CAUSALES DE SELECCIÓN	CONSIDERACIONES GENERALES
• Todas las **sentencias de garantías ordinarias** son remitidas a la Corte en término de **3 días** desde su ejecutoría. • La Corte **selecciona discrecionalmente** las sentencias a ser revisadas. • La Corte **dictará** la sentencia de revisión en el término de **40 días** siguientes a la elección. • En caso de **no ser seleccionada, en 20 días** desde su recepción, la sentencia se entiende **excluida de revisión.**	• La Sala de Selección debe explicar en el **auto de selección** que la sentencia escogida cumple con al menos uno de los siguientes parámetros: • a) **Gravedad.** • b) **Novedad** o inexistencia de precedente. • c) **Negación** de precedentes de la Corte. • d) **Relevancia** o trascendencia nacional.	• El **Defensor del Pueblo** o cualquier **juez** de la **Corte** puede solicitar la selección de la sentencia por las causales previstas. • La **exclusión** de una sentencia no necesita la **motivación.** • La **Corte define** los mecanismos para **registrar** y controlar las sentencias. • **No cabe recurso** alguno sobre las decisiones de la Corte. • La selección y revisión **no suspende** los **efectos** de la sentencia.

Gráfico 1: Reglas del sistema de selección y revisión
Fuente: Elaboración propia de la legislación sobre la materia[56].

56 Artículo 25, numeral 8, LOGJCC.

Las causales descritas en el gráfico 1, también llamadas parámetros de selección, constituyen claros límites a la facultad, pues solo sobre la base de estos se puede escoger una sentencia. A continuación, un breve análisis de cada causal:

(i) Gravedad del asunto: según Aguirre, este criterio debe verificar la existencia de dos presupuestos: "primero, la materia que regula el caso y que podría merecer una revisión […]; y segundo, si a partir de la sentencia se ha generado una vulneración a los derechos del accionante".[57] En la sentencia 176-14-EP/19, la Corte estimó que la gravedad puede estar dada, asimismo, por la condición del sujeto, la urgencia de reparación para que el daño no se torne irreparable, el grado de invasión en la esfera de protección del derecho y otras particularidades.[58] Pese a que esta sentencia responde a una acción extraordinaria de protección, la Corte definió el parámetro y permite dilucidar mejor este criterio.

(ii) Novedad del caso o inexistencia de precedente jurisprudencial: este parámetro es el que responde con mayor fidelidad a la facultad de la Corte para establecer precedentes jurisprudenciales respecto de procesos constitucionales y garantías jurisdiccionales. Principalmente porque busca generar seguridad jurídica y abarca el principio de igualdad en torno al razonamiento de los juzgadores en situaciones análogas.

(iii) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional: a través de este parámetro la Corte puede analizar si es que los operadores de justicia están cumpliendo con las directrices en torno a garantías jurisdiccionales y derechos. Es decir: "el proceso de selección es un mecanismo de disciplina del precedente, ante cuya inobservancia, la Corte puede y debe imponer el criterio jurídico final".[59]

(iv) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia: tiene que ver con aquellos casos en los que se discutan luchas de movimientos sociales, grupos vulnerables y/o de interés que tengan efectos importantes y actuales para la sociedad.

4.2. No afectación a los derechos de terceros

Nuestra legislación precisa que las sentencias o decisiones judiciales resuelven las peticiones realizas por las partes del proceso.[60] Las partes pueden ser dos: el sujeto procesal que propone la demanda y aquel en contra de quien se la

57 Pamela Aguirre, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 228.
58 Sentencia No. 176-14-EP/19, Corte Constitucional de Ecuador, 16 de octubre de 2019, párr. 57.
59 Aguirre, 228.
60 Artículo 92, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015.

propone.[61] Se reconoce a las tercerías, mismas que pueden ser excluyentes de dominio o coadyuvantes.[62] Las primeras responden a aquellos casos en los que el tercero pretende ser declarado titular del derecho discutido en todo o en parte. Las segundas son aquellos terceros que tienen una relación jurídica sustancial con una de las partes y que, aunque no se extienden para sí los efectos de la sentencia, pueden verse afectados desfavorablemente si ese sujeto procesal es vencido. El juzgador puede aceptar o rechazar la intervención del tercero. Si acepta una tercería excluyente de dominio, la resolución producirá sobre sí los mismos efectos que para las partes.[63] El efecto vinculante de las sentencias y autos, solo es aplicable para las partes que litigaron en el proceso con ciertas excepciones expresadas en la ley.[64]

Lo anterior cobra mayor sentido a la luz del derecho a la seguridad jurídica porque sería inconcebible que en un proceso judicial se sentencie respecto de sujeto que no tuvo relación con el proceso, pues esto violaría el debido proceso en todas sus dimensiones. Esto justifica plenamente la imposición de la afectación de derechos de terceros como límite infranqueable en esta facultad.

5. Alcance de la facultad

A continuación, se aborda el alcance de la facultad frente a sus dos escenarios: la creación de precedentes constitucionales y la resolución del fondo de un caso.

5.1. Jurisprudencia vinculante[65]

La doctrina[66] y jurisprudencia[67] distinguen que las sentencias se componen de dos partes: la motiva y la resolutiva. Dentro de la primera se encuentran todos los razonamientos judiciales, mientras que la segunda es la decisión en sí misma. La parte motiva se compone, a su vez, del *obiter dicta* y la *ratio decidendi*. El *obiter dicta*, cuyo significado es "dicho sea de paso", incluye todas las consideraciones generales, fundamentos abstractos e ideas secundarias

61 Id., Artículo 30.
62 Id. Artículo 47.
63 Id., Artículo 50.
64 Id., Artículo 97.
65 La Corte ha regulado garantías jurisdiccionales y creado precedentes obligatorios a través de sentencias relativas a la AEP como los fallos No. 013-13-SEP-CC, 016-13-SEP-CC, 043-13-SEP-CC, entre otros. Esta facultad es propia del sistema de selección y revisión precisamente por un tema de seguridad jurídica, pues permite conocer dónde estará el derecho objetivo frente a las acciones referidas. Sin duda esto constituye un gran distorsión del sistema y de la utilización de la AEP, pero no será abordada en este trabajo, pues este se centra en las sentencias vertidas específicamente dentro del sistema de selección y revisión.
66 Ver, Carlos Bernal, *El Derecho de los derechos,* 176-177.
67 La Corte colombiana en la sentencia de unificación SU.1300/01, 06 de diciembre de 2001, diferenció con mayor claridad el *decisum, ratio decidendi, y obiter dicta.*

propias del análisis del tribunal.[68] La *ratio decidendi* es el criterio estructural, el razonamiento fundamental que construye la base de la decisión.[69] Sin la *ratio decidendi,* que significa "razón de decisión" y es la justificación medular, sería imposible arribar a la conclusión. Por eso, esta parte es la que constituye el elemento vinculante[70], el precedente que debe ser observado por todos los operadores de justicia. Finalmente, la parte resolutiva se compone del *decisum* que es la resolución concreta del caso.[71] La distinción de estas partes de la sentencia podría parecer una formalidad, pero, en realidad, tiene repercusiones prácticas importantes, especialmente ante la facultad de revisión.

La LOGJCC establece que la interpretación de la Corte: "en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante". Es decir, se tomarán los elementos fundamentales del fallo para realizar una subsunción entre la jurisprudencia vinculante, convertida en derecho objetivo, y el caso análogo. La normativa ecuatoriana establece que la *ratio decidendi* es el fundamento principal del fallo: "la cual se considera precedente y, por lo tanto, la parte que obliga".[72] La Corte estableció que es necesario un estudio del caso para determinar: "los elementos que constituyeron fin y medio para la solución […] en las diferentes instancias de decisión en sede constitucional, a fin de extraer fórmulas más concretas de aplicación de las normas constitucionales".[73] Distinguir el razonamiento principal es tan relevante que, si existe más de una *ratio* en una sentencia, "la Corte debe escoger cuál(es) *ratio*(s) va a tomar para establecer un precedente:".[74]

El precedente es únicamente el razonamiento fundamental que sirve para llegar a la conclusión. Dentro del sistema de selección y revisión, la parte vinculante es solo el razonamiento medular de los jueces de la Corte. Sin embargo, en algunos casos no queda clara cuál es la conclusión vertebral. Por el contrario, parecería ser que se vinculan las apreciaciones generales o secundarias (*obiter dicta*) al precedente.

En la sentencia de revisión del caso La Hora[75], la Corte dotó de contenido al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la rectificación y respuesta.[76]

68 Juan Carlos Lancheros-Gámez, "El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa", *Revista Díkaion* 26 (junio 2012): 159, http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n1/v21n1a06.pdf, 173.

69 Álvaro Núñez Vaquero, "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho Valdivia* 31 (julio 2018): 51, https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100051, 56.

70 Pamela Aguirre, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 177.

71 Juan Lancheros-Gámez, "El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa", *Revista Díkaion 26* (2012), 175.

72 Punto 7, Protocolo de Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, Resolución de la Corte Constitucional 4, Registro Auténtico 2010, 05 de agosto de 2010.

73 Sentencia No. 001-14-PJO-CC, Corte Constitucional de Ecuador, 23 de abril de 2014, párr.16.

74 Punto 8, Protocolo de Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios.

75 Sentencia No. 282-13-JP, Corte Constitucional de Ecuador, 04 de septiembre de 2019.

76 El Subsecretario Nacional de la Administración Pública y otros funcionarios a nombre de la Función Ejecutiva y el Gobierno Nacional interpusieron una acción de protección en contra de un medio privado. El medio citó información proporcionada por un centro de monitoreo sobre el gasto del gobierno nacional en campañas publicitarias. Posteriormente, el Subsecretario Nacional de la Administración Pública solicitó al medio que rectificara la información publicada y le entregó

Se pronunció sobre la procedencia de acciones de protección presentadas por el Estado en contra de particulares. Pese a que la causa tampoco cumplió con los términos legales para su selección y sustanciación, puede ser considerada un ejemplo de la facultad porque desarrolla el contenido de los derechos en diálogo con las disposiciones constitucionales y el bloque de constitucionalidad. Dicta derecho objetivo sobre las garantías jurisdiccionales. Utiliza los razonamientos medulares del caso para establecer una *ratio decidendi* clara.[77] Otro ejemplo que denota el uso correcto del sistema es la sentencia No. 8-12-JH/12. En este fallo, se consolidó el análisis en torno a la figura del desistimiento en la acción de *habeas corpus.*[78]

No obstante, en otros casos la situación no es clara. Un ejemplo es el fallo de revisión No. 679-18-JP/20, en el que se analizaron varias sentencias acumuladas de acción de protección interpuestas por personas con enfermedades catastróficas en contra del Estado.[79] Los pacientes no podían acceder a los medicamentos necesarios para tratar su condición porque el Ministerio de Salud Pública argumentaba que era imposible encontrar el medicamento, que no estaban en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB), que no había presupuesto; entre otras razones.

Los jueces ordinarios, en consideración al derecho a la salud y la tutela judicial efectiva, decidieron, en la mayor parte de casos, el acceso a la medicación y la Corte unificó los criterios. La *ratio decidendi* debía versar sobre el acceso a medicación como parte del desarrollo del derecho a la salud en los supuestos fácticos del caso, con la intención de que fuese aplicado frente a una casuística semejante.

Pese a lo anterior, la Corte dictó también directrices sobre las cuales el Ministerio de Salud debía elaborar el CNMB (Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos)[80];" introdujo conceptos sobre qué casos debían ser considerados emergentes y no emergentes para determinar las alternativas terapéuticas del CNMB vigente; e, incluso, estableció los parámetros que deben concurrir para que la información médica entregada a los pacientes fuese considerada integral.[81] Todas estas definiciones no forman parte de la competencia original de la Corte. Si bien es cierto, los magistrados podían instar, como lo hicieron, a las autoridades a regular de mejor manera lo relativo a los medicamentos

nuevos datos sin soporte. El medio publicó lo entregado en la siguiente edición, pero los funcionarios consideraron que se afectó el derecho a la honra del Estado. Los jueces constitucionales de instancia aceptaron la acción de protección presentada en contra del medio.

77 Ver, Sentencia No. 282-13-JP/19, Corte Constitucional de Ecuador, 04 de septiembre de 2019.

78 Ver, Sentencia No. 8-12-JH/20, Corte Constitucional de Ecuador, 12 de agosto de 2012.

79 Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, Corte Constitucional de Ecuador, 05 de agosto de 2020, párr.144, literal c.

80 Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, párr.144, literal c.

81 La sentencia dispone "La información con la que debe contar el paciente para ser considerada integral, deberá contener al menos los siguientes datos o informaciones y se le deberá transmitir de una forma, en un lenguaje y en un idioma que el paciente pueda comprender[…]" y enlista 8 aspectos. *Id.* Párr. 178. Al respecto, es importante destacar que esta cuestión no era controversia fundamental del caso. La Corte se pronunció so pretexto del derecho a la salud.

para personas con enfermedades catastróficas, no tenían la facultad de delimitar conceptos como los mencionados a través de una sentencia de revisión. Es decir, bajo esa lógica, los Magistrados, en aras de proteger los derechos constitucionales, podrían ordenar la implementación de políticas públicas, la creación de regulación sobre un tema y demás a los entes facultados para tal efecto, pero no pueden delimitar la política pública en sí misma o definir la regulación/legislación porque aquello constituye un exceso. Esto debido a que, sin duda, diluye el razonamiento medular de la decisión, sobrepasa la *ratio decidendi* y a través del *obiter dicta* se invade incluso la esfera legislativa o reglamentaria.

La sentencia se pronunció sobre los conflictos de intereses en torno a las prescripciones médicas. La Corte recordó que las prácticas de comercialización de las farmacéuticas inciden en el juicio de los médicos y estableció qué deben hacer los profesionales de la salud del sector público y complementario para: "prevenir y transparentar el conflicto de interés".[82] Para ello, estableció una lista de acciones que debían tomar los profesionales. Resulta confuso que la Corte regule qué se debe hacer para evitar conflictos de interés porque esto es competencia de las autoridades facultadas para tal efecto. Sin duda, los conflictos de interés en la prescripción de medicamentos están relacionados con el derecho a la salud, pero lo mismo sucede con muchísimos otros temas. Además, los magistrados no deberían extender sus consideraciones a temas que no han sido controvertidos en el caso. La Corte no puede pronunciarse sobre aspectos que no se desprenden directamente del caso porque toda relación humana envuelve derechos fundamentales y, bajo esta lógica, cabría pronunciarse en todas las circunstancias. Como resultado, se invaden funciones y se crea un exceso de derecho jurisprudencial.

La Corte reguló temas procesales de las audiencias en las que se debate el derecho a la salud. Estableció que la demanda en contra del Estado por falta de medicamentos debía presentarse: "contra el subsistema de salud estatal al que pertenece el paciente".[83] Dispuso a quiénes deberá citar el juez en la audiencia además de las partes procesales[84], quién debe intervenir primero en la audiencia y el análisis que debe realizar el juzgador. Incluso, llegó a determinar los requisitos de prueba para la determinación de una violación al derecho al acceso a medicamentos[85] y estableció pautas para los fallos de los jueces frente a estos casos[86]. Esto último puede ser considerado desde dos posturas: por un lado, podría ser considerado como una parte importante para la unificación de precedentes y, en especial, para crear derecho objetivo sobre el derecho cuestionado. Por otro lado, puede ser considerado una extralimitación porque

82 Id., párr. 209.
83 Id., párr. 226.
84 Id., párr. 227.
85 Id., párr. 235-244.
86 Id., párr. 248-256.

no existe una conexión directa entre el alcance del derecho y la valoración de la prueba o, más todavía, el orden de intervención procesal.

Aunque los lineamientos de la sentencia anterior podrían ser deseables, aquello no quita que se confunde el alcance de la Corte en torno a la facultad de selección y revisión. La CRE y la LOGJCC establecen que esta competencia busca la unificación de precedentes. Sin embargo, en las sentencias analizadas el alcance se encuentra diluido porque se invaden competencias de otros órganos. La composición del cuadro nacional de medicamentos, la diferencia entre casos emergentes y no emergentes, entre otras consideraciones, no forman parte de la creación de precedentes simplemente porque no permiten realizar un silogismo a futuro en casos similares. Tampoco cabría catalogar estas disposiciones como desarrollo del contenido del derecho porque delimitan cuestiones relativas a otros poderes y autoridades.

La Constitución establece que la Corte, en materia de selección y revisión, debe unificar criterios y emitir jurisprudencia respecto de las garantías jurisdiccionales. En concordancia con el derecho a la seguridad jurídica, el órgano debe limitarse a esta labor y no diluir el razonamiento fundamental con consideraciones excesivas. Cabe recordar que: "la inadecuada aplicación de sistemas jurisprudenciales produce un crecimiento desordenado, desorientado y desproporcionado del derecho judicial",[87] por lo tanto, es razonable que se delimite el aspecto obligatorio para casos posteriores. Tal y como lo reconoció la primera sentencia revisada, la Corte debe dar: "respuestas concretas a los problemas surgidos a partir del ejercicio e implementación de la garantía jurisdiccional"[88] del caso concreto. Pues de esto dependerá la "garantía de los demás derechos contenidos en la Constitución".[89]

5.2. Resolución de fondo

Uno de los aspectos más controversiales sobre el sistema de selección y revisión, se encuentra en si la Corte puede o no pronunciarse sobre el fondo de un caso. En Colombia, a diferencia de Ecuador, la legislación es clara y permite, sin duda, la resolución excepcional del fondo de un caso en materia de revisión.[90] Por el contrario, en el Ecuador ni la CRE ni la LOGJCC se pronuncian al respecto.

87 Diego Zambrano, "Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional", 239.

88 Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 4.

89 Id.

90 Los artículos 35 y 36 del Decreto 2591 establecen que la Corte puede modificar el fallo y, además, reconocen que la decisión tendrá efectos para el caso en concreto. A través de estas disposiciones queda abierta la posibilidad de reabrir el caso. Artículo 35: Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas[…] Artículo 36: Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta. Artículo 35 y 35, Decreto 2591 Departamento Administrativo de la Presidencia de Colombia, 19 de noviembre de 1991.

El problema nació con la primera sentencia dentro del sistema de selección y revisión.[91] En la misma, la Corte reconoció que la finalidad de la competencia es: "el desarrollo de jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical– respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales".[92] No obstante, los magistrados alteraron su razonamiento en dos sentidos. En primer lugar, establecieron que la facultad de revisión no siempre generará reglas jurisprudenciales, pues, en ocasiones: "tendrá como finalidad la ratificación de una regla legislativa pre-existente".[93] Esto, sin duda, se contrapone al verdadero objetivo de la facultad de revisión que consiste en determinar el alcance de derechos constitucionales y unificar la jurisprudencia respecto a las garantías jurisdiccionales.[94] Además, resulta cuestionable que el Tribunal se arrogue la función de ratificar legislación, porque esto, evidentemente, no es parte de su competencia e incluso resulta contradictorio con el principio *in dubio pro legislatore*[95]*,* contenido en la legislación. En base al deber de velar por la protección de derechos, la Corte estimó que podía revisar el fondo de un caso, *ergo*, si durante la revisión de una sentencia identificaba la vulneración a derechos constitucionales, estaba: "plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración".[96] Sin embargo, aclaró que la facultad no perseguía la reparación de derechos subjetivos, sino que: "el deber de estas Salas está en la generación de derecho objetivo".[97]

En un principio, la resolución de fondo resultaba tan problemática que las modificaciones realizadas por la Corte Constitucional no contaban ni siquiera con las garantías mínimas del debido proceso. Las partes no eran notificadas sobre la sentencia de revisión y esta se daba a conocer únicamente a través del portal de la Corte. No obstante, cabe aclarar que la nueva Corte Constitucional tomó la decisión de notificar a las partes procesales desde el auto de selección de la sentencia para que puedan hacer valer sus derechos.[98]

Parecerían existir dos posturas: quienes consideran que cabe la resolución con efecto *interpartes* en caso de detectarse la violación de un derecho y, por otro lado, quienes sostienen que esto distorsionaría el sistema, pues fue concebido únicamente para generación de precedentes y no para resolver de nuevo sobre el fondo del asunto controvertido, ya que se convertiría en una instancia adi-

91 Ver, Sentencia No. 001-10-PJO-CC.
92 Id., párr. 23.
93 Id., párr. 33.
94 Xavier Hernando Palacios Abad, El alcance de la Reparación integral en la acción extraordinaria de protección (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 82.
95 La LOGJCC establece como principio del control de constitucionalidad que en caso de duda sobre la constitucionalidad o no de una disposición, al amparo del principio *indubio pro legislatore*, se optará por no declarar la inconstitucionalidad.

Artículo 76, numeral 3 de LOGJCC.
96 Sentencia No. 001-10-PJO-CC, párr., 29.
97 Id., pág. 8.
98 Ver. Auto de selección dictado dentro del caso No. 484-19-JP y otro, 28 de enero de 2020; auto de selección dictado dentro del Caso No. 117-20-JP y otros de 07 de agosto de 2020.

cional.[99] Palacios sostiene que el sistema de selección y revisión no constituye una puerta abierta para que la Corte se convierta en un tribunal de instancia e: "instaure una tercera instancia procesal donde se resuelva el fondo del asunto".[100] Mientras que, por otro lado, hay quienes consideran que no se crearía una garantía, sino que es parte misma de la facultad:

> […]
> (…) hago presente que la Corte tiene una notoria variación jurisprudencia[sic], aunque exclusivamente respecto de las sentencias dictadas en garantías jurisdiccionales (…), en que se llega a comportar como un verdadero tribunal de tercera instancia, llegando a dictar sentencias de reemplazo, entre otras fórmulas irregulares, sustituyendo a través de la acción extraordinaria de protección al procedimiento de selección de sentencias.[101]

El autor cuestiona que la Corte actúe como tercera instancia en la AEP porque esto cabría en el procedimiento de selección y revisión de sentencias. En contraposición, Suárez precisa que el ordenamiento contempla la AEP precisamente para la reparación de derechos constitucionales vulnerados a través de sentencias y autos definitivos. Admitir la reparación de derechos a través de la selección y revisión crearía dos competencias de la Corte para tutelar derechos vulnerados a través de sentencias. Advierte el peligro de resolver sobre el fondo en selección y revisión porque si se propone una AEP y, al mismo tiempo, la Corte revisa la sentencia y decide pronunciarse sobre el fondo. En consecuencia, existirían: "dos mecanismos que evidentemente se sobreponen o excluyen". Por lo tanto, el autor concluye que:

> no existe motivo alguno para que la Corte haya distorsionado la naturaleza jurídica del sistema de selección y revisión de sentencias, abriendo el caso en análisis y pronunciándose sobre el fondo, pues para aquello existe una garantía jurisdiccional idónea en el Ecuador, denominada acción extraordinaria de protección.[102]

Quizá resulte esclarecedor examinar la experiencia de Colombia, pues a diferencia del Ecuador, su ordenamiento no contemplaba una garantía en contra de sentencias judiciales. A través de la sentencia C-543, la Corte del vecino país declaró inexequible el artículo del Decreto 2651 que permitía la acción de tutela en contra de sentencias judiciales porque esto afectaría: "gravemente a los pilares del Estado Social de Derecho, específicamente la cosa juzgada y

99 Aguirre considera que la posibilidad de realizar reparaciones integrales o de derechos subjetivos crea "una especie de garantía híbrida, pues si bien su fin original, según la Constitución, es el de una garantía normativa (…) también podría constituirse en una garantía jurisdiccional cuando la Corte decide revisar los casos con efectos inter-partes". Pamela Aguirre, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 230.

100 Xavier Palacios, *Reparación integral en la acción extraordinaria de protección*, 83.

101 Rafael Arturo Oyarte Martínez, *Debido proceso* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 273-274.

102 Emilio Esteban Suárez Salazar, *Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana*, 33-34. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4769/1/T1781-MDE-Suarez-Distorsiones.pdf

la seguridad jurídica".[103] Sin embargo, esto se oponía a la experiencia real y a la evidencia empírica que demostraba que las personas veían vulnerados sus derechos por los jueces a través de trámites judiciales.[104] Pese a lo anterior, algunos autores se mostraron renuentes a la aplicación de la tutela en contra de sentencias porque consideraron que no era posible que un juez, en solo diez días (tiempo de resolución de una tutela) examine la violación de derechos por conductas procesales. Además, se crearía una tercera instancia y se violaría el precepto constitucional de que una sentencia marque el fin de un litigio y se convierta en cosa juzgada.[105] Otros autores abogaban por la desmitificación del carácter absoluto de la cosa juzgada y la presunta intangibilidad de la valoración de los jueces.[106] Insistían en que, más allá de la acción de tutela, no existía un mecanismo para la protección de derechos vulnerados a través de una sentencia. Finalmente, el tema se esclareció con la aceptación de la tutela, de manera excepcional, en contra de sentencias siempre que se cumplieran: "causales genéricas de procedibilidad (procedencia) y causales específicas".[107] El panorama es distinto en el Ecuador porque, a diferencia de Colombia, existe la acción extraordinaria de protección como garantía frente a la vulneración de derechos a través de sentencias y autos definitivos. Nuestro país cuenta con una vía para la tutela de derechos en estos casos, *ergo*, no fue necesario discutir si la acción de protección cabía o no frente a sentencias.

Posteriormente, se sentó en Colombia la discusión sobre la posibilidad de presentar una acción de tutela en contra de una sentencia de tutela. En la misma línea de las sentencias judiciales, *prima facie*, se resolvió la improcedencia absoluta de la acción por algunos razonamientos[108], pero, sobre todo, porque la revisión de tutelas permitía la corrección de los errores incurridos. Empero, a través de la Sentencia SU-627 de 2015, se aceptó la acción de tutela en contra de sentencias de tutela. La Corte determinó que la aplicación excepcional de este mecanismo podría activarse cuando existiera una cosa juzgada fraudulenta, por justicia material, protección judicial efectiva de derechos fundamentales y el principio de primacía constitucional.[109]

---

103 Edizon Porras, "Acciones de tutela contra sentencias judiciales" *Revista Derecho y Realidad ,* (2008), Vol.6 No. 11.

104 Manuel Fernando Quinche-Ramírez, "La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias" *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* 12 (junio 2010): 99, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100006&tlng=es

105 Ver, Edizon Porras, "Acciones de tutela contra sentencias judiciales", 9.

106 Ver, Diego Mauricio Higuera Jiménez, "Acción de tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica" *Revista Academia & Derecho,*18 (enero-junio 2018),): 275, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7295671. Manuel Quinche, "La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias.".

107 Ver, Sentencia T-638 de 2003, Corte Constitucional de Colombia, 31 de julio de 2003; Ver, Sentencia SU-813, Corte Constitucional de Colombia, 04 de octubre de 2007; Ver, Sentencia T-215, Corte Constitucional de Colombia, 10 de marzo de 2005.

108 Razonamientos como al existir la impugnación de la sentencia, por seguridad jurídica, por el cumplimiento inmediato de la sentencia de tutela y porque existía la revisión de la sentencia de tutela. *Ver*, John Restrepo & Ricardo Vergara, "Acción de tutela contra sentencias de tutela: Una manifestación de la constitucionalización del derecho jurisprudencial en Colombia", *Revista Estudios constitucionales 17* (2019), 53-90.

109 Id.

Resulta interesante cómo los magistrados colombianos aceptaron con renuencia la tutela en contra de tutela, pues para ellos el sistema de revisión perfectamente podía reparar derechos. En contraposición, en el Ecuador no se reconoce específicamente la capacidad de resolver sobre el fondo en revisión. Además, la Corte ha precisado que la acción extraordinaria de protección: "opera en contra de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas, sin distinción del proceso en el que se han dictado, sea este ordinario o fruto de una acción jurisdiccional, (acción de protección)".[110]

Con independencia de la postura escogida, resulta de común acuerdo la excepcionalidad en cuanto a la verificación del caso porque la contraparte no interviene en el litigio subyacente y, por lo tanto, se realizaría un: "juzgamiento sin las garantías básicas del debido proceso".[111] Adicionalmente, esto afectaría a la seguridad jurídica en la medida en que el tiempo entre la sentencia original y el proceso de selección puede distar en varios años y una nueva decisión trastocaría profundamente situaciones consolidadas. No obstante, desde la primera sentencia revisada hasta el 30 de agosto de 2020, existen veintidós sentencias, de las cuales doce contienen una resolución de fondo, *ergo*, se demuestra que actualmente abrir el caso no es excepcional.

Anteriormente, la Corte se limitaba a explicar que el fondo no fue analizado en virtud de la existencia de una decisión previa.[112] Sin embargo, en las últimas sentencias, cuando no se pronuncia específicamente sobre el fondo, ratifica lo actuado en instancia[113] y, dentro de esa ratificación, a veces señala aspectos del fondo del caso. Resulta discutible si esto puede o no ser considerado una forma de abrir el proceso. Al respecto, según la Real Academia Española, ratificar implica: "aprobar o confirmar actos"; esto resultaría imposible sin haber analizado previamente la situación. Además, de la experiencia judicial colige que es un término que utilizan los tribunales de alzada, pero, en este caso, no se trata de un nuevo proceso por lo que no cabría el término. Esto nos llevaría a relativizar el concepto de cosa juzgada porque significaría que la decisión de instancia no es definitiva, sino que debe ser ratificada en revisión para que lo sea.

110 Sentencia No. 069-10-SEP-CC dentro del Caso No. 0005-10-EP, Corte Constitucional de Ecuador de 09 de diciembre de 2010, pág.17.

111 Xavier Palacios, *El alcance de la Reparación integral en la acción extraordinaria de protección* http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434646/El+alcance+de+la+reparaci%C3%B3n+integral+en+la+acci%C3%B3n+extraordinaria+de+protecci%C3%B3n/8a4cea00-a67b-4e31-a347-6015d68ae9a2

112 Antes, la Corte indicaba "La Corte Constitucional no ha decidido el caso concreto, en virtud de que ya ha sido resuelto por la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia". Sentencia No. 001-18-PJO-CC, 20 de junio de 2018, párr.53. O, la Corte se limitaba a establecer en la Decisión que la sentencia no tenía efectos para el caso concreto. Sentencia No. 292-13-JH, 05 de noviembre de 2019.

113 Ahora, la Corte precisa que "administrando justicia constitucional (…) Decide: 1. Ratificar la sentencia adoptada por el Juzgado Sexto (…) en la cual se aceptó la acción de *hábeas corpus* por entender que se configuraba una privación de libertad ilegal, arbitraria e ilegítima y ordenó la inmediata libertad de (…) Sin embargo, señalar que en dicho proceso se debió necesariamente contar con la presencia y escuchar a Lauro Vinicio Luna Liendres. Sentencia No. 166-12-JH, Corte Constitucional de Ecuador, 08 de enero de 2020, 8.

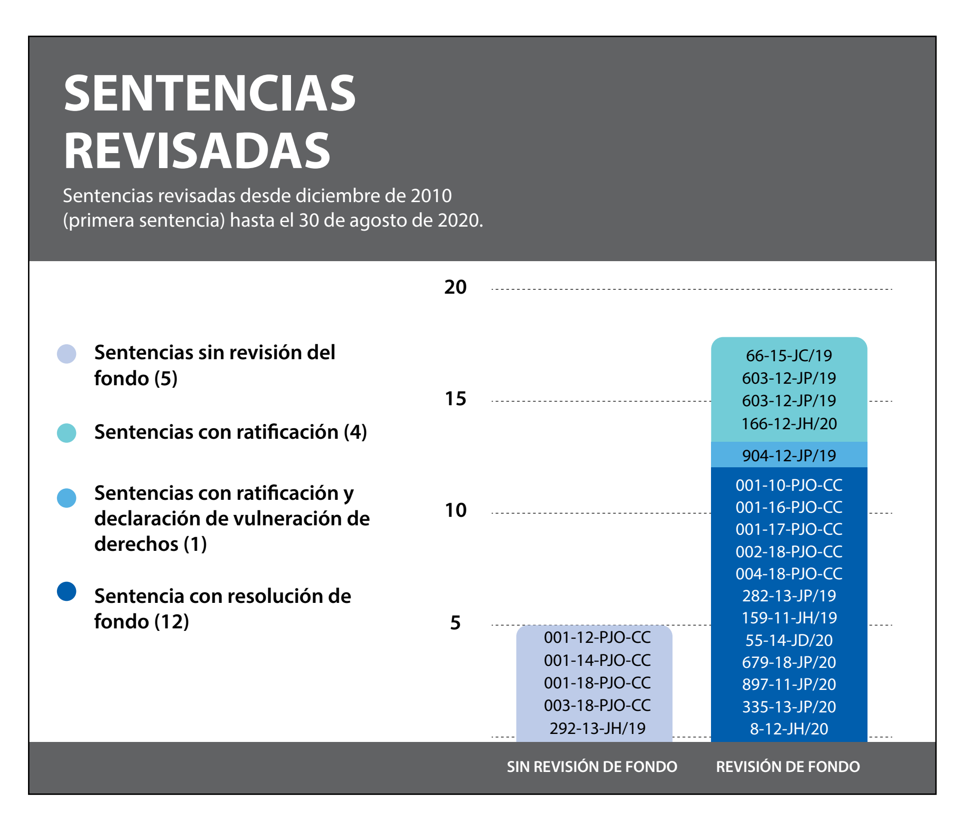


Gráfico 2: Clasificación de sentencias de revisión hasta agosto de 2020
Fuente: Elaboración propia de las sentencias de revisión hasta agosto de 2020.

Como se ha establecido, la resolución del fondo de la controversia debería tener un carácter extraordinario. Sin embargo, parecería que es la regla general. Varias razones pueden explicar lo anterior: la aplicación incorrecta del Derecho por parte de los jueces de instancia, la falta de claridad en torno a las garantías, la confusión en la aplicación del sistema, entre otras. Sea cual fuere la razón, el sistema de selección y revisión precisamente debe esclarecer y guiar la actuación de los órganos judiciales.

Autores como Higuera niegan que, a través del conocimiento del fondo de una decisión en revisión, se vulnere la seguridad jurídica. Precisa que no se afecta este principio en las dimensiones de (i) estabilidad y (ii) previsibilidad de las decisiones porque las decisiones tienen: "un contenido de justicia material y, por tanto, lo que se pretende sea estable y permanezca en el tiempo, es precisamente, el carácter y la pretensión de justicia material en la decisión; y no por el contrario una decisión judicial evidentemente injusticia"[114] [sic].

114 Diego Higuera, "Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica". *Revista Academia & Derecho 18* (2019), 279.

Considera que, como la violación de un derecho no es una expectativa legítima, pero sí lo es la justicia material, no se afecta la seguridad jurídica.[115] Esta postura puede resultar demasiado arbitraria porque, sobre la base de la justicia material, podrían abrirse casos todas las veces que el juzgador decida. Si bien es cierto existe una expectativa legítima a la justicia material, también la hay respecto del procedimiento y de la actuación de la autoridad. Esto se pervertiría al aceptar trastocar los procesos en aras de la búsqueda de justicia.

Pese a que la capacidad para resolver el fondo no era una competencia prevista para la Corte, en la praxis, es una práctica que se ha generalizado a tal punto que actualmente se ratifica lo actuado en instancia. Lo esperable de los jueces es que no interpreten su competencia de manera tan amplia. Quizá un límite puede ser el establecido en la primera sentencia revisada:

> la competencia de la Corte genera dos posibilidades: la primera, como objeto principal, el desarrollo de jurisprudencia vinculante; y la segunda, en caso de constatar vulneraciones a derechos constitucionales en la sustanciación de la causa, la Corte está facultada para revisar el caso seleccionado y efectuar una reparación integral con efecto inter partes, pares o *comunis*.[116]

De lo anterior colige que no basta detectar la vulneración de un derecho, sino que los jueces deben, primero, realizar una evaluación seria y consiente sobre el cumplimiento de las causales de selección descritas *ut-supra*. Posteriormente, examinar si, en la sustanciación de la causa, la Corte podría reabrir el caso. Empero, para ello, es menester que los parámetros de selección sean concretos, claros y evidentes respecto a los hechos del caso. No puede seleccionarse una sentencia en base a consideraciones abstractas.

5.3. Invasión de otras competencias

La finalidad de la selección y revisión parecería diluirse en ciertos casos, y se desvanece, así, el alcance real de esta facultad la Corte. Principalmente porque, a veces, no queda claro si el órgano suple al legislador o crea políticas públicas.

Sobre la invasión a la esfera legislativa, existen ciertos ejemplos que deben ser considerados. A través de la sentencia revisada 159-11-JH/19, se declaró la inaplicabilidad del numeral 6, artículo 25 de la LOGJCC, que establece el plazo máximo de 40 días para seleccionar una sentencia. La Corte explicó la imposibilidad de sujetarse a los términos: "por la cantidad de causas que

115 Ibid.
116 Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 15.

conocen los jueces y tribunales de instancia, por la cantidad de causas que llegan a la Corte y que se deben analizar individualmente, por la complejidad de muchas causas que requieren un profundo estudio y por la carga procesal que tiene la Corte".[117] Estimó que los términos responden a una realidad legislativa ajena a la realidad procesal. En consecuencia, la limitación temporal sería inconstitucional[118] y la Corte podría pronunciarse para el desarrollo de los derechos.

El órgano constitucional puede realizar control de constitucionalidad por conexidad[119], pero no resulta evidente si, en realidad, la norma es inconstitucional porque: i. La Corte decidió específicamente: "declarar que la norma (…) es inaplicable cuando la Corte evidencia que, en un caso seleccionado, por una vulneración de derechos constitucionales, el daño subsista".[120] El problema es que, más allá de un razonamiento transversal sobre la inconstitucionalidad, los magistrados se refirieron a su aplicación *per se*. Si la norma era inconstitucional, entonces, debería realizarse un análisis de fondo y, en todo caso, expulsarla del ordenamiento. ii. ¿Cómo se calcula la constitucionalidad de un término o un plazo en el sistema de selección y revisión? Sin duda, la Corte debe enfrentarse a un gran volumen de causas a nivel nacional, de hecho, esta problemática también se evidencia en otros países.[121] Por lo tanto, si bien es plausible el razonamiento, este excede la facultad. Es evidente que la tesis de la Corte se ampara en que, al no resolver el caso incluso si es que se venció el término, se vulneraría la tutela judicial efectiva y el derecho a la reparación integral. No obstante, de nuevo, esto nos permite caer en juicios ambiguos, porque entonces no debería existir plazo alguno si es que se evidencia la vulneración de derechos en un caso. Además, deja abierta la puerta para que en el futuro se declare la inaplicabilidad de otras normas que no resulten adecuadas a criterio de los magistrados, sin considerar si efectivamente son o no constitucionales. Por otro lado, el mayor problema de esta decisión de la Corte en un proceso de revisión es que: "relativiza la inmutabilidad de las decisiones constitucionales en el tiempo, generando inseguridad jurídica".[122] Al respecto, Guerrero explica las implicaciones prácticas de esta medida:

> No es ajeno a quienes litigamos en el ámbito de garantías jurisdiccionales, que el proceso de selección y revisión es un proceso que suele tomar mucho tiempo,

117 Sentencia No. 159-11-JH/2019, párr.8.

118 "Por esta razón, en los casos de revisión, el término del artículo 25 (6) es inconstitucional por impedir la eficacia de las garantías constitucionales y la tutela efectiva de las víctimas de violación de derechos en los casos revisados por la Corte". Id., párr.9.

119 "3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución". Artículo 436, numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

120 Sentencia No. 159-11-JH/2019, pág. 26.

121 Ver, J.B. Etcheverry, "How has the supreme court of the United States solved its excessive workload problem?".

122 Juan Francisco Guerrero Del Pozo, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. (Quito: PUCE y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 80.

> incluso varios años, durante los cuales, según la última posición de la Corte, las decisiones constitucionales siempre podrían ser potencialmente revisadas, generando un estado de incertidumbre.[123]

Otro ejemplo de la invasión de competencias se encuentra en el fallo analizado *ut-supra*. Como se señaló, la definición de conceptos como emergentes y no emergentes, la delimitación de parámetros procesales, de valoración de la prueba, los lineamientos para: "prevenir y transparentar el conflicto de interés",[124] entre otros; corresponde a otras autoridades.

La sentencia 66-15-JC/19 también esclarece el panorama. La entonces coordinadora general de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior solicitó medidas cautelares en contra de EP Petrocomercial y EP Petroamazonas. La accionante pidió que estas empresas públicas almacenaran las evidencias incautadas en delitos relacionados con hidrocarburos, pues las mismas se encontraban de forma insegura en patios de la Policía Judicial. La Corte ratificó las medidas cautelares, dispuso que las autoridades competentes tomaran medidas al respecto y actualizaran las normativas pertinentes. Ordenó cómo se debía proceder frente a las evidencias recogidas en delitos relacionados con hidrocarburos, qué debía hacer el juzgador y la Policía. En la sentencia también se establece que el juez que conozca este tipo de causas debe, en la audiencia de flagrancia, ordenar la entrega de las sustancias a la empresa pública de hidrocarburos[125]. Resulta lógico el pronunciamiento de la Corte porque aborda el desarrollo del derecho a la vida frente a un peligro o amenaza actual. Establece un parámetro de actuación para precautelar los derechos fundamentales en casos análogos. Pero, por otro lado, resulta problemático porque se ratificaron las medidas cautelares tras varios años de haber ocurrido el hecho y, de nuevo, los jueces excedieron sus funciones al delimitar la forma de actuación.

6. Conclusiones

El sistema de selección y revisión es una de las competencias más importantes de la Corte Constitucional. Sin embargo, hasta el momento existen varias contradicciones y falta de unanimidad en torno al alcance de la misma.

La legislación ecuatoriana, a diferencia de la colombiana, no permite expresamente que la Corte analice el fondo del asunto a través del sistema de selección y revisión. Esto tiene una razón lógica, y es que en nuestro país la revisión de las sentencias en garantías jurisdiccionales tiene una acción específica, esto

123 Ibid.
124 Sentencia No. 159-11-JH/2019, párr. 209.
125 Sentencia No. 66-15-JC/19, Corte Constitucional de Ecuador, 10 de septiembre de 2019, párr.3.

es, la acción extraordinaria de protección. La propia Corte Constitucional ha reconocido aquello.

El objeto del sistema de selección y revisión de sentencias es la creación de precedentes respecto de las garantías ordinarias. Esta facultad, esencialmente, busca la consolidación de la jurisprudencia constitucional en temas de garantías jurisdiccionales, a fin de que los operadores de justicia apliquen e interpreten de forma correcta estos mecanismos de defensa de los derechos.

La Corte Constitucional trastocó el sistema y consideró que, excepcionalmente, podía pronunciarse sobre el fondo de una causa seleccionada si detectaba la violación de derechos. Sin embargo, la práctica demuestra que resolver sobre el fondo se convirtió en la regla general. Esto, en mi criterio, violenta el derecho de seguridad jurídica porque no estaba previsto en el ordenamiento tal circunstancia. Además, afecta a las situaciones jurídicas consolidadas, relativiza la cosa juzgada y, en caso de entablarse una AEP, incluso podrían existir fallos contradictorios. Pero, sobre todo, se estaría creando otra garantía jurisdiccional frente a autos y sentencias definitivas, no prevista en el ordenamiento jurídico.

La Corte ha interpretado de manera extensiva la facultad de selección y revisión. Esto ha provocado que invada otras competencias como la creación de políticas públicas, reglamentarias e incluso aspectos propios del legislador.

Los principales límites en el sistema de selección y revisión son las causales contenidas en el artículo 25 de la LOGJCC y la no afectación a derechos de terceros. La Corte se encuentra atada a estas consideraciones y, a la luz del derecho a la seguridad jurídica, está obligada a interpretar de manera restrictiva las causales de selección y debe contenerse. El sistema amerita un análisis crítico y preciso a fin de verificar el cumplimiento o no de los parámetros para pronunciarse sobre un caso. No basta seleccionar una causa por meras referencias o por cuestiones que no evidencien el fiel cumplimiento de las causales.

Pese a que muchas de las sentencias de revisión tienen razonamientos lógicos e incluso deseables, no debe perderse de vista el peligro de dotar con demasiado poder a la Corte Constitucional. Si bien podemos estar de acuerdo con los criterios del tribunal constitucional, abrir la puerta a la arbitrariedad, la invasión de competencias y al abuso de poder; resultará problemático en el futuro.



FIRMA DE ABOGACÍA DE LOS NEGOCIOS PREFERIDA POR LAS MULTINACIONALES Y GRANDES EMPRESAS NACIONALES EN ECUADOR

Guayaquil
t.: +593 4 2630441
Av. Francisco de Orellana 234
Edif. Blue Tower, piso 6, oficina 607

Quito
t.: +593 2 2544144
Robles E4-136 y Av. Amazonas
Edif. Proinco Calisto, piso 12

ECUADOR

info@corralrosales.com

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos: dicotomías entre justicia indígena y ordinaria

An approach to the plurinational state and the rule of law: dichotomy between indigenous law and ordinary law

Martín Cordovéz Aguas*
Miguel Ángel Villegas Pérez**
Rafaella Romo-Leroux Chacón***

Recibido / Received: 26/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2180

Citación:
Cordovéz Aguas, M., Romo-Leroux Chacón, R., Villegas Pérez, M.A. «Un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos: dicotomías entre justicia indígena y ordinaria». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 119 - 143, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2180

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mcordovezaguas@estud.usfq.edu.ec martincordovez99@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8878-8888

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mvillegas1@estud.usfq.edu.ec / snapmiguelav@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8782-320X

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rromo-leroux@estud.usfq.edu.ec / rafaelaromoleroux@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8094-6346

Resumen

A partir del reconocimiento de la justicia indígena en la constitución de 1998, surgieron una serie de debates acerca de su alcance, límites y prácticas. Las implicaciones de las costumbres aplicadas por los pueblos y nacionalidades tienen tal trascendencia que discuten el concepto mismo de Estado constitucional de derechos establecido en la constitución de 2008. El presente escrito propone un análisis de los conflictos derivados de la convergencia de dos sistemas de aplicación de justicia en un mismo territorio. Además, plantea un estudio de la evolución del concepto de estado de derecho ligado a las nociones de plurinacionalidad y pluriculturalidad contemporáneas. Para concluir esboza un análisis acerca de la limitación de la justicia indígena como una vulneración a su derecho a la cultura, mismo que es reconocido internacionalmente.

Palabras clave

Justicia indígena; derecho constitucional; derechos humanos; jurisdicción; estado de derecho

Abstract

Since the recognition of indigenous justice in the Ecuadorian constitution of 1998, a series of debates concerning its scope, limits, and practices have emerged. The social and political implications of the indigenous peoples' customs have such transcendence that they challenge a Constitutional State of Laws concept. This paper proposes an analysis of the conflicts that arise from the convergence of two systems of justice within the same territory. Furthermore, it offers a study on the evolution of the concept of Rule of Law linked to plurinationalism and multiculturalism. To conclude, it analyzes the limitation of indigenous justice as a violation of these communities' right to culture, which is internationally recognized.

Keywords

Indigenous justice; constitutional law; human rights; jurisdiction; rule of law

1. Introducción

A partir del 2008 se implementó un modelo garantista en el Ecuador en el que los derechos que son reconocidos en la constitución tienen como sustento de eficacia su respectiva garantía. Consecuentemente, un derecho fundamental puede existir como tal, pero solo será efectivo si puede ser garantizado. La garantía de un derecho puede ocurrir de manera positiva, cuando el Estado tiene que hacer algo para hacerlo efectivo, como sería el caso del derecho a la salud o a la educación. También puede ser garantizado de manera negativa o de abstención como ocurre con el derecho a la libertad de expresión donde el Estado no debería interferir, salvo casos excepcionales. Claramente los derechos fundamentales van a requerir ambos tipos de garantía, ya sea porque el Estado de alguna manera va a tener que abstenerse o porque va a tener que adoptar medidas positivas para promoverlos.

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que son parte del Ecuador tienen derechos colectivos reconocidos en diferentes textos legales en nuestro ordenamiento, pero el más controversial ha sido el derecho a conservar su justicia. Controversial porque ha generado diferentes reacciones por parte de la academia y la jurisprudencia nacional. El propósito de este documento es abordar el contexto contemporáneo de la justicia indígena y exponer algunos de los conflictos más importantes en el ejercicio de dos sistemas de justicia que convergen en un mismo territorio. Además, se busca analizar si limitar el ejercicio de la justicia indígena constituye una vulneración de su derecho a la cultura y hasta qué punto el Estado puede intervenir en las comunidades ancestrales del Ecuador.

Con base en lo mencionado, en el desarrollo de este artículo se pretende: (i) exponer el contexto de la justicia indígena en Ecuador; (ii) describir las teorías acerca de la acepción del estado constitucional de derechos desde su sentido objetivo; (iii) evidenciar algunos de los conflictos más relevantes en el ejercicio de dos sistemas de justicia en un mismo territorio; y (iv) analizar si limitar el derecho indígena constituye una vulneración a su derecho a la cultura y hasta qué punto puede intervenir el Estado a partir del reconocimiento de sus costumbres en la constitución del 2008. De esta manera se pretende analizar el fenómeno del pluralismo jurídico en Ecuador acercando a la justicia indígena a una construcción académica en el desarrollo de una cultura jurídica propia en el país.

2. Estado constitucional de derechos

Para empezar, cabe señalar el artículo primero de la Constitución que establece que "el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional

y laico".[1] Cuando el artículo menciona que Ecuador es un país plurinacional e intercultural hace referencia a la amplia diversidad que existe en el país. Se debe resaltar que la plurinacionalidad ha sido definida como una "organización política y jurídica de los Pueblos y Nacionalidades"[2] que surge dado que varias de ellas se "unen bajo un mismo gobierno y Constitución".[3]

La plurinacionalidad nace del reconocimiento de la existencia de identidades diversas que conviven en un mismo país. De hecho, para Mónica Chuji el reconocimiento no debe ser solamente de la existencia de la diversidad, sino también de su posición como sujetos políticos, lo cual implica una participación en la toma de decisiones del Estado.[4] La interculturalidad puede ser definida como "la interrelación de las diversas culturas de los pueblos que habitan dentro de un mismo territorio".[5]

En el ámbito internacional, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se firmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con el propósito de garantizar, proteger y respetar sus derechos colectivos. Dentro de este instrumento internacional, el artículo tercero establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".[6] En la misma declaración, el artículo cinco reconoce que estos pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas.

En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, se reconoce también su derecho consuetudinario en el artículo ocho numeral uno, que prescribe "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario".[7] Además, en el numeral dos del mismo artículo establece que:

> Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.[8]

1 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008
2 Ramón Eduardo Burneo. *Derecho Constitucional del Ecuador*, versión alfabética. (Quito: CEP, 2013), 371.
3 Ibid.
4 Ibid., 372.
5 Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC. 28 de noviembre de 2008.
6 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Artículo 3.
7 Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales (1989). Artículo 3.
8 Id., Artículo 8.

Un artículo trascendental en la discusión de la justicia indígena es el octavo de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se establece que los individuos y comunidades ancestrales tienen derecho a no sufrir asimilación forzada o la destrucción de su cultura. Por esto, el Estado está obligado a generar mecanismos para prevenir y reparar las afectaciones a su integridad, sus valores culturales o identidad étnica. ¿Puede el derecho formar parte de la cultura? Resulta persuasivo afirmar que sí, puesto que la cultura es un "conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico".[9] En esta definición se debe comprender que la cultura será también el conjunto de un modo de vida y las costumbres que se tienen. Norberto Bobbio dice:

> Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección.[10]

Si el ser humano está en un mundo de normas, su desarrollo personal es limitado y en parte direccionado por las mismas. Por lo que se debe entender que proteger los derechos de las comunidades indígenas es de suma importancia y que, si somos consecuentes con la Declaración de las Naciones Unidas, privarles de ellos constituiría un acto en contra de sus derechos internacionalmente reconocidos y podría incluso atentar contra su conservación como cultura.

En esta línea, el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana reconoce que:

> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.
> El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.[11]

Tras el reconocimiento constitucional de estos derechos han ocurrido varios conflictos que los cuestionan tanto en la academia como en la línea jurisprudencial del país. De hecho, en un intento por armonizar tanto la justicia ordi-

9 RAE
10 Noberto Bobbio. *Teoría general del Derecho,* V Edición. (Bogotá: Temis, 2019), 3.
11 Artículo 171, Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008

naria como la indígena, se propuso el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria. Jaime Vintimilla dice respecto de estos proyectos de ley:

> No son actos legislativos para reconocer y menos aún para establecer la justicia indígena, sino instrumentos que aclaran los detalles de sus relaciones externas. Estas relaciones son complejas, porque (…) se trata de un pluralismo jurídico, en otras palabras, de la presencia de varios órdenes jurídicos que se encuentran vigentes, que conviven, y que se desarrollan en el mismo espacio geográfico.[12]

3. Del estado de derecho al estado constitucional de derechos y justicia

Rafael Oyarte inicia su libro de derecho constitucional señalando que esta rama del derecho debe ser estudiada dentro de tres dimensiones. Una primera dimensión de la norma, otra del hecho social y una tercera dimensión de los valores.[13] Por ello, es importante resaltar uno de los cambios más importantes entre la constitución de 1998 y la de 2008 para poder comprender con mayor profundidad las tres dimensiones del derecho, pero además en concreto sobre la justicia indígena.

Uno de los temas más discutidos en torno a las diferencias entre la constitución del Ecuador de 1998 y la del 2008, es su primer artículo. La Constitución del Ecuador de 1998 en su artículo uno establecía que "el Ecuador es un estado social de derecho […]".[14] Por el otro lado, la Constitución del 2008 destaca que "el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia".[15] Este cambio fue analizado por la Corte Constitucional, la cual en su interpretación determinó que:

> […] la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamien-

12 Jaime Vintimilla Saldaña. *Ley orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012, 15.

13 Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional,* Edicion VII. Quito: Editorial CEP, 2019, 47.

14 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador [derogada], Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

15 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008

> to, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.[16]

El paso de ser un Estado de derecho a convertirse en un Estado constitucional de derechos y justicia, tiene una importancia singular debido a que Ecuador había mantenido a lo largo de su historia un mismo tipo de Estado: el Estado de derecho.

El estado de derecho, para Rafael Oyarte, es aquel en el que "todos los hombres principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la juridicidad".[17] Por otro lado, en la nueva concepción de un estado constitucional de derechos y justicia social, Ramón Eduardo Burneo considera que:

> El Estado social de Derecho, es una categorización que tiene contenido específico en el Derecho Universal; significa una organización política regida por una autoridad no arbitraria, sino encuadrada en los límites que determinan el respeto a las personas y el servicio a la sociedad.[18]

Para Oyarte "el Estado Social de Derecho no es un Estado legal de Derecho, es un Estado material" que controla el contenido "de la actividad estatal y no de mera formalidad"[19] al momento en que se ejerce el poder del Estado. El autor plantea que "el Estado social de derecho no sólo legaliza el poder, sino que legitima el poder".[20]Lo que caracteriza a un Estado Social de Derecho, es la concepción de que exista una verdadera protección a los derechos fundamentales, pero esta protección no sólo se activa en casos de ilegalidades sino también en caso de arbitrariedades.

4. Acepciones de la connotación "derechos" en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El primer artículo de la Constitución vigente, que menciona el concepto de Estado Constitucional de Derechos, ha sido catalogado como un concepto ambiguo con diferentes connotaciones que han dado lugar a varias discusiones. Estas connotaciones son parte de una posible interpretación del texto constitucional que podrían dar luz a diversas soluciones jurídicas. Cuando se habla de un estado constitucional de derechos, se puede plantear una discusión en forma subjetiva la cual busca simplemente reafirmar una abundancia de derechos subjetivos y de sujetos. También se puede abordar esta definición

16 Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC. Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2008.
17 Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional,* 131.
18 Eduardo Burneo. *Derecho Constitucional del Ecuador*, 231.
19 Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional* 131.
20 Ibid.

desde una segunda mirada que busca la incorporación del estado constitucional de derecho o hace referencia a la existencia de dos derechos objetivos.

Podría parecer un trabajo sin sentido analizar la letra s al final de la palabra derechos. Sin embargo, esta letra puede dar a este concepto ambiguo varias definiciones. De hecho, se ha llegado a afirmar la existencia de dos corrientes de posibles definiciones. Para Marcel Andrés Jaramillo, la primera connotación "puede ser entendida como un sinónimo del Estado Constitucional de Derecho".[21] Gustavo Zagrebelsky[22] entiende que mediante una evolución teórica del estado de derechos al estado constitucional de derechos, la academia ha denominado estado de derechos a un estado constitucional.[23] Zagrebelsky determina que:

> […] Para establecer una diferencia con el Estado de derecho decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de derechos. En el plano del derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y la ética contemporánea.[24]

Dentro de esta corriente también se maneja la posibilidad de que el constituyente cometió un "pleonasmo jurídico".[25] Como se ha discutido, estamos frente a la posibilidad de dos conceptos. En este sentido, podría existir un intérprete que afirme que los conceptos son lo mismo y hubo un error por parte del legislador, como también otro intérprete que asevere que estamos frente a una nueva concepción de Estado.

Para los segundos intérpretes, la existencia de un estado constitucional de derechos constituye no un error, sino un acierto voluntario por parte del legislador. Dentro de esta segunda corriente se defiende que:

> La evolución de un monismo o centralismo jurídico a un pluralismo jurídico; y por otro, una nueva concepción de los derechos fundamentales, que invaden todo el texto constitucional superando la clásica distinción entre la parte dogmática y orgánica de la Constitución.[26]

Esta corriente tiene como fundamento la idea principal de que un Estado está en constante proceso de cambio o evolución. De hecho, Jaramillo cita a

21 Marcel Andrés Jaramillo Paredes. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.* Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2011, 71.
22 Gustavo Zagrebelsky. El *Derecho Dúctil: ley, derecho y justicia*. (Torino: Editorial Trotta, 2019), 33.
23 Marcel Jaramillo. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.* Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2011,71.
24 Gustavo Zagrebelsky. El D*erecho Dúctil: ley derecho y justicia*. (Torino: Editorial Trotta, 2019), 33.
25 Ibíd.,72.
26 Ibid.

Ramiro Ávila diciendo que:

> Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado Absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado Absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría "estricta legalidad". En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder público y privado, está sometido a los derechos.[27]

Este nuevo modelo de Estado podríamos entender que se basa en las teorías del estado constitucional con una característica muy propia que vendría a ser la protección y concepción de los derechos. Para Jaramillo, además se puede señalar que este modelo es el proceso de evolución de diferentes modelos de Estado que se han ido desarrollando, por lo tanto, se confirma una transición de un monismo a un pluralismo jurídico. Los derechos actuarían como una máxima autoridad limitando todos los poderes y finalmente la idea de que las garantías van a permitir que el Estado se desarrolle con plenitud.

4. Derechos como pluralidad de ordenamientos jurídicos

4.1 Antecedentes históricos

El establecimiento del Estado plurinacional y el reconocimiento de la justicia indígena como un ordenamiento jurídico válido, no se debe a una actitud garantista de la Constitución, sino a siglos de lucha y supervivencia de las comunidades indígenas frente al pensamiento occidental. No se puede hablar de la justicia indígena como una sola, dado que cada comunidad tiene su forma puntual de administrar justicia, la cual ha tenido que ir acoplándose tanto a los momentos históricos como a los cambios sociales dentro del Estado. No obstante, el reconocimiento de la justicia indígena en el ámbito constitucional, no se da sino hasta la constituyente de 1998.

A pesar de lo señalado, existen precedentes históricos que demuestran un reconocimiento y apreciación inicial a la forma de administración de justicia indígena que condujeron al establecimiento de un pluralismo jurídico estatal. Las denominadas Leyes de Indias de 1542 son de sus primeras manifestaciones. En ellas, de acuerdo con Miguel Tapia, se regulaba la vida social, económica y política de las colonias, y se determinó que en los conflictos entre indígenas se

27 Ibid.

aplicarían sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos.[28] En este enunciado, a pesar de reflejar un cierto entendimiento de las costumbres indígenas y su importancia como mecanismo de resolución de conflictos, aún prevalece un dominio del derecho español sobre el indígena. Era el pensamiento occidental el que determinaba lo que se consideraba justo y la forma de proceder de las comunidades indígenas.

Siglos después, tras la declaración de independencia y la formación del Estado ecuatoriano, los indígenas estuvieron sometidos al terrateniente local. Los terratenientes servían como una figura de poder y de comunicación entre el Estado y sus trabajadores. A pesar de las condiciones casi siempre deplorables de vida y de trabajo en las haciendas, según Tapia, los terratenientes locales crearon un sistema de liderazgo dentro de aquellas. Se requería de un capitán para asegurar la obediencia indígena frente al patrono.[29] Este sistema no solo permitió que las haciendas siguieran produciendo, sino que generó un incipiente reconocimiento de las autoridades indígenas. Sin embargo, en ninguna circunstancia se permitió cualquier forma de administración de justicia ajena a la Estatal.

Recién en 1948, con la ideología del proteccionismo cultural, la Novena Conferencia Internacional Americana aprobó la Carta de Garantías Sociales en la que se recomendaba la adopción de medidas necesarias para prestar al indígena protección y asistencia. Poco después, la OIT buscó la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor.[30] Pese a estos avances en el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, todavía se mantenía una ideología etnocéntrica donde lo civilizado debía velar por lo incivilizado.

En las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta, se iniciaron los primeros proyectos de desarrollo rural estatales que generalizaron las organizaciones ligadas al acceso a la tierra y a la producción. Para la comunidad indígena, esto significó que la Ley de Comunas Indígenas y Campesinas remplazara al sistema anterior de organización comunitaria y estableciera su actual estructura del liderazgo: el cabildo.[31]

En décadas posteriores, el movimiento indígena se ha fortalecido hasta lograr el reconocimiento y respeto de sus movimientos sociales de manera generalizada. Inclusive, a nivel internacional se han reconocido sus derechos colectivos en varios instrumentos de derechos humanos. Pero a pesar de una mayor amplitud de derechos, no se podría decir que la lucha indígena ha concluido.

28 Miguel Antonio Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 8.
29 Ibid.
30 Ibid., 9
31 Ibid.

4.2. Administración de la justicia indígena como derecho humano colectivo

El establecimiento del Estado ecuatoriano como un estado de derechos, se debe en gran parte a la concepción de la administración de justicia indígena como un derecho humano reconocido en el ámbito internacional. Al tenor de esta afirmación, Raúl Llasag, establece que:

> Los derechos reconocidos de los pueblos indígenas, incluido el de administración de justicia indígenas son derechos humanos, primero, porque les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integrados por seres humanos, segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que desarrollen sus capacidades y realicen su destino, por lo tanto, rige el principio de indivisibilidad y complementariedad.[32]

De acuerdo con Cartuche, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sostiene que por razones históricas, principios morales y humanitarios; es compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a los pueblos indígenas. Consecuentemente, en 1990 se creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas y tribales de la región y brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos.[33]

El reconocimiento a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se encuentra también en los tratados y convenios internacionales. El convenio 169 de la OIT, reconoce como titular de estos derechos al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, y dentro de este establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena. En su artículo ocho, dictamina que las legislaciones nacionales deberán tomar en cuenta las costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario. De igual manera, sugiere en lo posible compatibilizar los derechos propios de los pueblos indígenas con la legislación nacional respetando los mecanismos que utilizan las comunidades para solucionar los conflictos.[34] Todo esto modificando ampliamente el concepto del monismo jurídico. A nivel universal, los Estados se han comprometido a garantizar los derechos humanos de estos pueblos a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. En igual sentido, a nivel regional se ha propuesto la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, vigente desde junio de 2016, fecha en la que fue aprobada.

32 Raúl Llasag Fernández. "Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena". *Aportes Andinos* (2002), 2.
33 Ángel Cartuche Cartuche . *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, 15.
34 Ibid., 13

Por lo tanto, el reconocimiento de la justicia indígena en el ámbito internacional sugiere la construcción de una norma para compatibilizar la norma positiva ordinaria y las normas provenientes de costumbres y tradiciones indígenas. Sobre todo, invita a los jueces a cambiar los esquemas de las sentencias y pensar en una interpretación intercultural encaminada a superar las prácticas discriminatorias y hacer posible la participación de los pueblos en la adopción de decisiones.[35] En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es obligación de los Estados garantizar que los pueblos indígenas y tribales continúen "viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas".[36]

4.3. El Estado como un régimen de pluralidad de derechos

El artículo primero de la Constitución de la República de 2008 establece que el Ecuador es un "Estado constitucional de derechos, justicia […], intercultural y plurinacional".[37] Efectivamente, y a diferencia de constituciones anteriores, se refiere a un régimen de derechos en plural que conlleva a connotaciones políticas, jurídicas, filosóficas y constitucionales.

Según Mario Cevallos, se ha reconocido la coexistencia de varios sistemas jurídicos que se aplican simultáneamente en la misma jurisdicción territorial en donde un Estado como el Ecuador ejerce soberanía. Se habla, por un lado, de un sistema jurídico de uso general promovido por el Estado, y por otro, de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas. Dichos sistemas jurídicos propios están compuestos, como todos los sistemas jurídicos del mundo, de normas que rigen la actuación de las personas y las instituciones, con base en las cuales las autoridades declaran derechos y atribuyen responsabilidades. Consecuentemente, cada sistema jurídico propio supone la existencia de una jurisdicción indígena, encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en virtud de las normas que lo conforman.[38]

Conjuntamente, atiende a tres cuestiones principales: el centro de atención y protección a las personas y a las colectividades como sujetos prioritarios de derechos; que todos los derechos humanos tengan igual valor y sean protegidos en igual medida e intensidad; y el reconocimiento formal de otros sistemas de justicia y derechos como es el caso del derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.[39]

35 Ibid.

36 Caso del pueblo Saramaka vs. Suriname. Corte IDH, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Párr. 121.

37 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

38 Mario Melo Cevallos.*¿Cómo reconocer al derecho indígena cuando lo vemos? Hart y Dworkin en Sarayaku*, 202. En Ávila Santamaría, Ramiro. *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 197-208.

39 Raúl Llasag Fernández. *Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos*

Para los positivistas, la concepción de un Estado con un sistema jurídico alternativo a aquel del estatal, resulta inconcebible. De acuerdo con Hans Kelsen en la Teoría pura del Derecho, los otros derechos nacionales ajenos al derecho estatal, y el derecho internacional, no deberían ser normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.[40] El poder coactivo y el monopolio legislativo, en síntesis, es del Estado.

No obstante, para aquellos como el constituyente ecuatoriano y Boaventura de Souza:

> El pluralismo jurídico es una teoría en la cual se parte de la idea que pueden coexistir dos órdenes jurídicos dentro de un espacio y tiempo determinado. Supone una definición alternativa del derecho que se opone a un monopolio en la producción estatal de las normas jurídicas. El Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, sino que igualmente los grupos sociales diferentes al Estado tienen la legitimidad para producirlas, siempre y cuando se establezcan sus objetivos propios, se determinen los mecanismos para obtener tales objetivos, se distribuyan funciones específicas de los individuos que integran el grupo para que cada uno aporte mediante los medios previstos, para alcanzar el fin y coexistan diferentes culturas.[41]

Por ello, el pluralismo jurídico implica percibir la complejidad de normas que existen dentro de un mismo Estado. Es una evolución del Estado intercultural y plurinacional, donde se aprecia la diversidad, heterogeneidad de la población y la creación de derecho. En lo que se refiere al Estado intercultural y plurinacional, este tipo de constitucionalismo busca establecer una relación igual y respetuosa entre distintos pueblos y culturas, a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas, y mantener la unidad como garantía de diversidad.[42]

Al ser el estado de derechos un modelo de Estado intercultural y plurinacional, Agustín Grijalva establece que este no puede ser sino dialógico, concretizante y garantista.[43] Dialógico, porque busca una discusión constante para así llegar a un entendimiento de un sistema del otro. Concretizante porque pretende soluciones específicas y rápidas para situaciones complejas que puedan utilizarse reiteradamente en el futuro, es decir busca generalizar soluciones. Finalmente, garantista, porque para llegar a soluciones efectivas debe tener sobre todo un entendimiento de los valores y derechos humanos.

---

indígenas en el Ecuador, 210. En Ramiro Fernando Ávila Santamaría. *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 209-224.

40 Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho. (*Buenos Aires: Eudeba, 1960), 207.

41 Ángel Cartuche Cartuche. *El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, 10.

42 Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: V&M Gráficas, 2012, 96

43 Grijalva, Agustín. “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008”. *Ecuador Debate* (2008), p.56.

Frente a todo lo previamente dicho, destaca una concepción del estado de derechos como una descolonización del poder, saber, ser y concepción cosmológica de la madre naturaleza. Para Catherine Walsh, desde la invasión española se implementó un régimen colonial que clasificaba a la sociedad con base en la raza y género.[44] La jerarquía y división con el blanco en la cima y el afrodescendiente y los pueblos originarios al final, pretendía eliminar de manera negativa las diferencias históricas y culturales de las minorías. Solamente dejándolas como tal: minorías.

De manera similar, la colonialidad del saber buscaba posicionar al conocimiento europeo como la única perspectiva y descartar o descalificar la existencia de otros conocimientos. El inferiorizar a los seres humanos, la colonialidad del ser, buscaba crear una imagen del indio como inferior, menor, rústico, como un ser que requería de un protector porque no podía valerse por sí mismo. Esto sirvió como justificativo para la esclavitud y violencia contra las poblaciones indígenas. Por último, la colonialidad cosmogónica de la madre naturaleza y de la vida misma, buscaba descartar la filosofía andina de la *Pachamama* como madre y generadora de vida.[45] Con el establecimiento del estado plurinacional y posteriormente el estado de derechos, se puso fin a este sistema de colonialidad ya que se reconoció como uno de los derechos de los colectivos indígenas, la autonomía jurisdiccional; demostrando la importancia del reconocimiento de la justicia indígena para evitar abusos por parte del Estado.

5. Conflictos del pluralismo jurídico

5.1. La aplicabilidad de la justicia indígena: competencia y jurisdicción

Tras establecerse como un estado plurinacional e intercultural de derechos, el Estado ecuatoriano reconoció en el artículo 171 de su Constitución el derecho de las autoridades indígenas a ejercer "funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su propio derecho, dentro de su ámbito territorial, con garantías de participación y decisión de las mujeres".[46] A primera instancia, esto parece ser un reconocimiento pleno de la justicia indígena, pero la Constitución no se olvida de establecer unos límites: la norma constitucional y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.[47]

44 Catherine Walsh. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado, 4-7. En Albagli, Sarita y Maciel, María Lucia. Conocimiento, capital y Desarrollo: dialecticas contemporaneas. Buenos Aires: Editorial La Crujía, 2009, 1-23

45 Catherine Walsh. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado, 4-7. En Albagli, Sarita y Maciel, María Lucia. *Conocimiento, capital y Desarrollo: dialecticas contemporaneas*. Buenos Aires: Editorial La Crujía, 2009, 1-23

46 Artículo 171. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

47 Id.

Al respecto, Julio César Trujillo menciona que la jurisdicción y competencia consuetudinaria es diferente en el ámbito de la aplicación de la justicia indígena, por cuanto las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en base a su realidad cultural y su cosmovisión, crean sus propias instituciones y normas que regulan su vida social comunitaria.[48] El derecho indígena es constantemente dinámico y se va adaptando a las circunstancias y realidades de cada pueblo y comunidad, haciendo muy difícil que se puede establecer un término tal como una sola jurisdicción indígena. Como se mencionó al hablar del Estado ecuatoriano como un estado de derechos, cada comunidad y pueblo indígena tiene sus propias formas de ejercer justicia y sus normas.

Teniendo esto claro, la norma constitucional abre camino para definir lo que se concibe como una autoridad comunitaria.

> […] en primer lugar, la autoridad […] es un tercer interesado en restablecer la armonía en la colectividad, perturbada por el conflicto y no en satisfacer sus intereses propios, ni los de una de las partes solamente; en segundo lugar, la víctima de los actos u omisiones que han infringido las reglas de la convivencia armoniosa pacífica, y, tercero, el responsable de los actos u omisiones dañosos.[49]

Se podría decir entonces, que las autoridades indígenas son personas electas popularmente para servir a la comunidad y que, debido a su conocimiento social, cultural y político, gozan de la confianza colectiva para ejercer funciones jurisdiccionales. Estas funciones siempre se constituyen en la base social territorial conocida como la comuna o comunidad.

Los conflictos inician cuando se habla de la competencia, el parámetro físico de aplicación de la jurisdicción, ya que aún existen muchas áreas grises que no han sido determinadas claramente ni por la Constitución ni por el derecho positivo. En el derecho ordinario, la competencia tradicionalmente se da en torno a la materia, persona y territorio. Pero al hablar de justicia indígena, un derecho que no se organiza de la misma manera que el ordinario, hace difícil establecer el territorio, las materias, en qué casos y qué personas deben ser sometidas a esta.

Una de las pocas excepciones claramente identificables a la competencia indígena, es cuando los ilícitos atentan contra la seguridad del Estado tanto interna como externa. Dichas situaciones, exceden siempre el campo de acción de las autoridades indígenas y necesariamente se deberá contar con las fuerzas de seguridad internas o externas para contrarrestar la situación.[50]

48 Ángel Cartuche. *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 28.

49 Ibid., 29

50 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 32.

5.2. Conflictos de competencia en torno a la materia

Inicialmente, al hablar de la competencia en razón de la materia, se debe establecer que la división por materias dentro del derecho indígena no existe. En consecuencia, las autoridades indígenas tienen la jurisdicción para solucionar cualquier tipo de conflictos ya sea en materia civil, administrativa, laboral, penal, o cualquier otra.[51]

Pero siendo que los ilícitos en torno a la materia penal o en cualquier otra materia donde un delito sea considerado grave podrían afectar también al Estado ecuatoriano, ¿deberían las autoridades indígenas tener una competencia para el juzgamiento de aquellos? Esta es una de las preguntas que muchas autoridades tienen aún y se orienta, de manera generalizada, a una visión claramente exclusiva y con la intencionalidad de mantener la hegemonía del derecho ordinario sobre aquel propio de los pueblos indígenas.

Julio César Trujillo señala que aunque la autoridad llamada a conocer los diferentes conflictos no siempre es la misma, ni las reglas aplicables son iguales en todos los casos, la distinción no obedece a las clasificaciones y categorías del derecho estatal. Por lo que resultan violatorias de la autonomía indígena las pretensiones de dejar a las autoridades indígenas los conflictos que a juicio de legislador estatal sean de menor cuantía y sustraer de ellas las que juzga de mayor importancia.[52]

Mientras que existen comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos relevantes en la comunidad, hay otras que dialogan y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que a su criterio no son de su competencia o generan dificultades, y por tanto resulta mejor recurrir a la justicia ordinaria o estatal para fortalecer la comunidad.[53] Esto deja claro que no se podría asignar a las comunidades que no han conocido determinados casos el tratamiento de estos; ni tampoco se podría imponer a aquellos pueblos indígenas que sí conocen todos los casos de la comunidad, que dejen de hacerlo. Existe pues, una autonomía de jurisdicción y legislación de la justicia indígena frente a la ordinaria.

Para Raúl Llasag, el obligar a la justicia indígena a seguir los lineamientos de la justicia ordinaria, significa no entender el nuevo régimen constitucional plurinacional e intercultural, y reproducir el régimen colonial, en donde la justicia indígena está subordinada a la justicia ordinaria, porque la considera

51 Ángel Cartuche. *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, 32.

52 Julio César Trujillo. *Justicia indígena y pluralismo jurídico.* Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. (Madrid: Laura Giraudo, 2008), 312.

53 Santos Boaventura de Sousa.. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. (Quito: Abya Yala, 2013), 21.

inferior y salvaje. Por tanto, no puede conocer delitos graves, sino únicamente delitos leves.[54]

Esta forma de coordinación y cooperación donde el Estado se reserva a escoger qué materias le competen a la jurisdicción indígena es lo que el profesor Buenaventura de Sousa Santos denomina suma cero. Es decir, una justicia termina subordinando a la otra y sale ganando en perjuicio de la primera. Esta forma de coordinación y cooperación es contraria al régimen constitucional que exige niveles de igualdad formal, material y práctica para que todos los sistemas se fortalezcan.[55] En consecuencia, la justicia indígena no es un sistema alternativo, sino uno autónomo e independiente.

5.3. Conflictos de competencia en torno a las personas

Por otro lado, en un sistema pluralista como el ecuatoriano, la tarea al momento de determinar cuál es la autoridad jurisdiccional que debe conocer determinado caso en el que se encuentran involucradas personas indígenas y no indígenas se torna complejo en atención a que no existen parámetros claros y establecidos. En este sentido se hace necesaria la intervención de un tercer órgano que dirime estos conflictos, mismo que deberá ser imparcial y observar las particularidades y características de cada sistema, sin que esto genere vulneraciones a derechos.[56] Como lo menciona Tapia, la labor del tercero le fue concedida y confiada a la Corte Constitucional que está facultada para dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. La tarea no es nada sencilla, ya que la corte debe observar el amplio margen de actuación dado a la jurisdicción indígena por la misma constitución.[57]

El escenario ideal para un juzgamiento indígena involucra los siguientes aspectos: que se trate de un conflicto entre indígenas de una misma comunidad, que estos voluntariamente decidan someterse a las autoridades indígenas, que el conflicto se haya suscitado en el territorio de la comunidad, que exista un precedente del caso, y que exista un órgano de administración de justicia indígena.[58] Al reunirse todos estos factores, se maximiza la competencia de las autoridades indígenas, sin que sea posible una intromisión estatal.

---

54 Raúl Llasag Fernández. *Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador*, 222. En Ávila Santamaría, Ramiro. Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013, 209-224.

55 Santos Boaventura de Sousa. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala, 2013, 21.

56 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 32.

57 Ibid.

58 Ibid, 34

Pero no siempre se puede contar con este ideal. Las interrogantes comienzan cuando se ven involucrados indígenas de distintas comunidades, no indígenas en un territorio indígena, indígenas que no se identifican o autodefinen como tal, no indígenas que voluntariamente quieren someterse a la competencia de las autoridades indígenas y que viven en territorios indígenas, indígenas sometidos a la justicia ordinaria, y muchos otros casos.[59] Por el momento, como se mencionó previamente, la única solución a conflictos frente a este tipo de casos le corresponde a la Corte Constitucional. Sin embargo, parece interesante plantear en este escrito y como se propondrá en las conclusiones, una solución complementaria: un fuero especial indígena.

5.4. Conflictos de competencia en torno al territorio

De acuerdo con la Constitución, uno de los elementos para la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas es el ámbito territorial. Contrario a lo que se podría suponer, el establecer el territorio dentro del cual las autoridades indígenas pueden administrar justicia no es tan sencillo y es el problema más complejo que plantea la nueva Constitución.

En primera instancia, de conformidad con Agustín Grijalva, el delimitar los territorios indígenas, especialmente en la región interandina, no es tarea fácil debido a que esta región se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en ciudades. En otras palabras, no hay, sino por excepción, la continuidad y delimitación territorial a la que hace referencia la norma constitucional.[60]

De manera similar, cuando se habla del territorio indígena no solo se está refiriendo al territorio reconocido como propiedad, sino también a los que tradicionalmente han sido ocupados por un pueblo.[61] Determinar los territorios que han sido históricamente ocupados por comunidades no es posible y, por lo tanto, no se podría establecer con claridad qué predios les pertenecen a las comunidades y cuáles a los sujetos privados. Según Enrique Ayala Mora, "aunque parecería obvio que ahí donde hay mayoría de población indígena existe un territorio indígena, eso no implica un ámbito claro de la jurisdicción".[62]

Soluciones a estos conflictos se han tratado en el pasado. Por ejemplo, la Constitución de 1998 preveía la posibilidad de crear circunscripciones territoriales indígenas mediante la ley. A pesar de esta ser una gran idea y de varios inten-

59 Ibid.

60 Agustín, Grijalva. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008". *Ecuador Debate* (2008), 21.

61 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 37.

62 Enrique Ayala Mora. *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena*, p.115. En Salgado Judith. Justicia indigena. Aportes para un debate. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002, 105-124.

tos por formular proyectos de ley, hasta la presente fecha no se ha concretado nunca una circunscripción de este orden.[63]

Frente a esta situación, Ayala Mora menciona que la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, propuso que se entienda como ámbito territorial el espacio o área habitualmente ocupado por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a las que pertenezca la autoridad. El problema con esto radica en que las tierras habitualmente ocupadas por las comunas, en su mayor proporción, están en manos privadas y sujetas a la legislación común vigente en el país. Por tanto, no podrían simplemente extraerse estas extensiones de sus propietarios sin causar vulneraciones a derechos y afectar el carácter unitario y la soberanía del Estado.[64] Pero ¿existe alguna solución alternativa y plausible?

6. El conflicto de las limitaciones al derecho indígena: hasta qué punto se puede limitar el ejercicio de la justicia indígena

6.1. Pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico es un tema cada vez más discutido en el mundo del derecho. Para Pablo Iannello, el pluralismo jurídico "surgió como una expresión de resistencia a la posición dominante de los estados nación a partir de los procesos de descolonización".[65] De hecho, se puede notar que la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes en un mismo espacio geográfico o una misma sociedad, no resulta algo difícil de asimilar socialmente. El mejor ejemplo de que este pluralismo jurídico ha estado en los sistemas occidentales es la existencia del derecho canónico y el derecho estatal. En este caso observamos que uno no sustituye al otro y que la limitación al derecho canónico no constituye una vulneración a su derecho a existir.

De hecho, Iannello dice "en América Latina se ha dado una progresiva incorporación en los textos constitucionales de los derechos de los pueblos originarios, respetando su herencia cultural, lo que sin duda incluye sus estructuras normativas".[66]Ahora bien, existe una sentencia que cobra particular fuerza en este tema y que podría ser analizada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

63 Agustín Grijalva. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008". *Ecuador Debate* (2008), 21.

64 Enrique Ayala Mora. *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena*, 115. En Salgado Judith. Justicia indígena. Aportes para un debate. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002, 105-124.

65 Pablo Iannello. "Pluralismo Jurídico". *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho,* 1, (2015), 767

66 Pablo Iannello. "Pluralismo Jurídico". Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, 1, (2015), 785

Esta decisión es del Tribunal Superior de la Provincia de Salta en Argentina.[67] Este caso trata sobre un procedimiento penal a un integrante de la comunidad *Misión Wichi*, que era acusado por la violación de su hija de nueve años. El conflicto en este caso radicaba en que si bien existían dos sistemas normativos, el acto de violación está constituido como delito en el derecho estatal mientras que en la comunidad del imputado esto era aceptado como una tradición indígena. Iannello explica que "la tradición cultural se considera un hecho mas no un derecho, en ningún momento se menciona c**ó**mo integrar un sistema de normas indígenas al sistema de derecho penal argentino".[68] Esto es relevante si se analiza desde el derecho ecuatoriano y su intento de una ley de cooperación entre ambos derechos. Ahora bien, para Iannello los jueces tendrían el deber de mostrar una integración y los límites de dos sistemas culturales y legales muy distintos. Algo particularmente interesante es que en esta sentencia el tribunal tuvo una decisión de mayoría de que el acusado no podía ser juzgado por ellos ya que el mismo Tribunal no tendría mérito suficiente de la identidad cultural del imputado.

Como se mencionó previamente, este caso corresponde a un voto de mayoría y el voto dirimente se relaciona con el concepto de relativismo cultural, que para Iannello tendría un límite en el estado constitucional de derecho. El relativismo cultural es "una postura que asume la inconmensurabilidad de los conceptos y valores que deben ser considerados como válidos dentro de las imágenes del mundo definidas".[69] Básicamente es la consideración de cada cultura como un sistema social determinado y que es caracterizado por lo que se considera son sus propios valores y elementos que le constituyen y sus respectivos símbolos e instituciones. Esto genera la idea utópica de poder extraer una jerarquía objetiva de unos valores.[70]

Lo que propone Iannello es que se debe entender al pluralismo jurídico como una oportunidad para ayudar a entender los subsistemas y que estos pueden entrar en una especie de conflicto en cualquier momento con el derecho o sistema estatal. Sin embargo, poder comprender estos sistemas va a permitir la elaboración de reglas de interpretación que van a aportar en el proceso de armonizar los diferentes niveles del lenguaje de las distintas culturas en un mismo espacio.

6.2. Cooperación entre sistemas

Como se veía previamente, el Ecuador en su Constitución obliga a "garantizar las decisiones de la jurisdicción indígena".[71] Dentro de las posibles soluciones

67 Ibid.
68 Ibid.
69 Nicolás Sánchez Durá. "Actualidad del relativismo cultural" *Scielo,* 41, (2013).
70 Andrea Suárez. "Relativismo Cultural". Slideshare. (Octubre 2011). https://es.slideshare.net/aslsuarez/relativismo-cultural-9533523
71 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 171. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

que se han discutido a lo largo de los años para hacer efectiva esta norma constitucional, está la creación de una fiscalía indígena, pero sobre todo la creación de la Ley de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria ecuatoriana.

De hecho, el Ecuador ya ha tenido este pluralismo jurídico desde la Constitución de 1998 en donde se establecía en el artículo 191 párrafo tercero que:

> […] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional[72].

Se puede notar la necesidad de una ley que armonice las funciones de la justicia indígena con las de la justicia ordinaria. Este proceso en la Constitución de 2008 cambia ya que en su artículo 171 se fija como prioridad la creación de una Ley de Cooperación y Coordinación. Sin embargo, cabe hacer un análisis de la concepción del derecho indígena y su subordinación.

Dice Llasag Fernández que "la compatibilización está pensada a partir de la subordinación de la jurisdicción indígena a la justicia ordinaria".[73] Esta era la concepción, o, mejor dicho, la redacción de la Ley Fundamental de 1998. Sin embargo, la de 2008 parte desde un principio de coordinación que está fuertemente vinculado a la igualdad. Si partimos desde la idea de igualdad, para Llasag Fernández llegamos a un diálogo y en este diálogo se puede coordinar y cooperar. Esto no es una coincidencia pues como se veía previamente, en el caso Salta de Argentina, Iannello ya señalaba la necesidad de una cooperación y coordinación en forma de diálogo.

¿Qué constituye una verdadera coordinación y cooperación? Para Llasag Fernández, esto vendría a ser la "no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional"[74] que es reconocida a favor de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Ahora bien, Llasag Fernández establece algo fundamental y esto es que la verdadera cooperación y coordinación ocurre en una manera tan amplia que "no es materia de una ley e inclusive una ley puede ser un obstáculo para el nivel de coordinación y cooperación"[75] que se requiere. Para justificar este razonamiento, el autor presenta el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones. Esta ley eliminó a la justicia indígena limitándola solamente a casos que no se encontrarían tipificados en esta norma.

72 Artículo 191, Constitución de la República del Ecuador [derogada], Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.
73 Raúl Llasag Fernández. "Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena". Aportes Andinos (2002), 210.
74 Ibid.
75 Ibid.

El mayor problema de la Ley de Cooperación del Ecuador viene dado por la búsqueda de una respuesta a la interrogante de si limitar de alguna manera la justicia indígena constituye una vulneración de los derechos de las comunidades ancestrales. La respuesta más persuasiva parece ser la positiva. En el proyecto de ley se discutía qu**é** parte de la cooperación y la coordinación es limitar al derecho indígena a un ámbito de materia. De hecho, este proyecto de ley establecía que la justicia indígena no podría conocer casos en materia penal, materia civil y los procesos laborales.

En materia penal se limitaba el conocimiento de la justicia indígena a cierto grupo de derechos. Se le impedía conocer casos de delitos contra el derecho internacional humanitario[76], delitos de naturaleza transnacional, delitos de seguridad interna y externa del Estado, delitos contra administración pública, infracciones tributarias, delitos en materia de estupefacientes, delito de lavado de activos, delitos sexuales y homicidio.

En materia civil, laboral, administrativa y tributaria, se propuso que cualquier proceso que tenga al Estado como parte no puede ser tratado por la justicia indígena. Finalmente, la materia laboral y ambiental se apegaba a un estricto carácter estatal. Estas limitaciones no tienen una coherencia en sentido de todos los derechos que son otorgados a las comunidades, pueblos y nacionalidades que no pueden ser tramitados mediante su justicia. Se podría pensar que el argumento es que hay delitos o casos que deben ser tratados por el Estado ya que son de interés general, pero eso justamente pone al derecho indígena en una subordinación frente al derecho estatal. Llasag Fernández –de hecho– afirma que en estas reformas "la Justicia Indígena se reduce a un sistema alternativo, como es la mediación, lo cual obviamente es contrario a un estado plurinacional en donde se parte de la igualdad de los sistemas jurídicos".[77]

7. Conclusión

El hecho de que la justicia indígena se encuentre regulada en nuestro sistema normativo ha levantado varias discusiones dentro de la academia y la jurisprudencia nacional. La Constitución del 2008 determina ciertos derechos para los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, pero se entiende que estos no serán absolutos, o ilimitados. Los derechos subjetivos se encuentran en todos sus casos con escenarios o normas que hacen que estos no siempre se impongan frente al resto. Sin embargo, la búsqueda de una colaboración o de un proyecto de ley sobre la cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ha levantado la sospecha de que no solo se está limitando al derecho, sino que además se lo podría estar vulnerando.

76 Agresión, genocidio y crímenes de lesa humanidad.
77 Ibid.

La vulneración que se advirtió previamente tiene una arista adicional, que parece tener mucha relevancia en esta discusión. No solo se estaría vulnerando el derecho a tener su propio sistema ancestral de justicia, sino que también se estaría violando el derecho a mantener su propia identidad cultural. Entender que un sistema ancestral de purificación forma parte de su cultura es comprender al derecho como parte de un fenómeno social que implica un sistema regulador a partir de sus propias costumbres y tradiciones. La cosmovisión de los pueblos indígenas acerca del castigo es uno de los pilares para mantener su identidad, pero a la vez puede afectar el reconocimiento de los derechos de los que todos gozamos como seres humanos. El derecho forma parte de una cultura y removerlo o subordinarlo sería sacudir la memoria histórica de sus costumbres y de poder acceder a un verdadero patrimonio cultural.

Nuestra Constitución añade en el artículo 21 que "no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución".[78] Esta última línea del artículo podría señalar que el derecho estatal es superior y, por tanto, no podría la justicia indígena presentar un conflicto ante este derecho porque aquel tendría mayor peso. Sin embargo, hacer esto representa una clara vulneración al derecho cultural y de acceso a la justicia que ampara a las comunidades indígenas.

No toda regulación es una vulneración. Se debe entender como se ha planteado previamente, que el camino correcto, como lo señaló Llasag Fernández, es la cooperación que no limite al sistema de justicia indígena a un simple mecanismo de resolución de unos pocos conflictos. La constitución del Ecuador reconoce en su preámbulo las raíces milenarias que fueron forjadas por distintos pueblos y además señala que busca construir una sociedad diversa. La manera de hacer esto no es forzando nuestro sistema de justicia a los pueblos, nacionalidades y comunidades del Ecuador, sino encontrando el punto medio y un plan de cooperación que alcance el correcto funcionamiento de dos sistemas normativos conviviendo en un mismo territorio.

Podría pensarse entonces en mecanismos de cooperación que no subordinen a la justicia indígena, sino que compartan sus valores con la justicia ordinaria. Un ejemplo son las cortes especializadas en justicia indígena como lo reconoce la Corte Constitucional colombiana que en su decisión del 2012 estipula que:

> El derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento

78 Artículo 21, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

> acorde con la organización y modo de vida de la comunidad, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.[79]

Por tanto, esta solución propuesta por varios académicos implica que todas las personas que se identifican o autodefinen como indígenas están automáticamente fuera del juzgamiento de las autoridades ordinarias, siempre que el conflicto se hubiera generado dentro del territorio de las comunidades.

Pero ¿qué sucede con aquellos individuos que, a pesar de vivir dentro del territorio indígena, no se autodefinen como tales? En dichas situaciones el fuero indígena como solución complementaria, es justamente tal. A pesar de que acarrearía la solución para algunos conflictos que se presenten, no puede facilitar todos los casos que no están subsumidos por normas preestablecidas debido a sus particularidades. El fuero especial indígena busca alivianar la carga de la Corte Constitucional y hacer su intervención y recursos necesarios solamente en casos particulares, evitando una sobrecarga a las instituciones estatales.

Además, se debe considerar que el significado de territorio para los indígenas es muy distinto, ya que involucra la vida cultural del grupo. Dentro de los respectivos territorios, se desarrollan las actividades sociales, religiosas y ecológicas de la comuna. La tierra no es solo una propiedad, sino un ente vital y espiritual. Como lo ha reconocido la Corte IDH, los pueblos indígenas y tribales tienen una conexión intrínseca con su territorio que debe ser garantizada por los Estados para asegurar la "supervivencia física y cultural [de estos pueblos], así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión".[80]

Con base en lo mencionado en este escrito y acogiendo la propuesta de Tapia, la solución a la competencia en relación con el territorio podría ser la creación de circunscripciones territoriales indígenas de carácter flexible o permeable dentro de las cuales, de ser necesario, podrían intervenir autoridades ordinarias. Los grupos no indígenas que vivan en dichos territorios podrían ser juzgados por la autoridad competente, en un marco de respeto mutuo entre jurisdicciones.[81]

A pesar de las posibles soluciones planteadas, aún quedan muchos debates por resolver en torno a la justicia indígena debido al carácter social del derecho y la diversidad cultural de nuestro territorio. La mejor solución para los conflictos es trabajar en una verdadera cooperación y coordinación entre ambos sistemas reconocidos en la constitución, que tienen impacto en el mismo concepto de estado constitucional de derechos. Subordinar la justicia indígena no es una

79 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921 de año 2013

80 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párr. 112

81 Miguel Tapia León. *Ob. Cit.*38

respuesta que garantice el derecho de autodeterminación de los pueblos, sin embargo, no se debe olvidar que existen derechos fundamentales reconocidos por instrumentos internacionales de derechos humanos que bajo ninguna justificación podrían ser vulnerados, como la norma *ius cogens* sobre la prohibición de la tortura.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La vigencia del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?

The effect of the alterum non laedere in Ecuadorian legal system, ¿a general principle or a legal duty?

Ana Paula Flores Larrea*
Iván Andrés Izquierdo Izquierdo**
Felipe Nicolás Guzmán Burbano***

Recibido / Received: 27/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2182

Citación:
Flores Larrea, A.P., Izquierdo Izquierdo, I.A., Guzmán Burbano, F.N. «La vigencia del alterum non laedere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 147 - 171, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2182

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: anapau0822@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-5545-9001

** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ivanandres1725@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9592-5900

*** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: felipengb@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3540-4606

Resumen
El *alterum non laedere*, *neminem laedere* o también conocido como el deber general de no dañar, históricamente ha generado discusiones en cuanto a su existencia, reconocimiento y alcance. La principal crítica que se le hace es sobre su incidencia en la seguridad jurídica, ya que su reconocimiento absoluto implicaría que cualquier daño sea indemnizable. Por otro lado, si no se lo reconociese, se estaría dejando en indefensión a las víctimas de daños injustos no tipificados. Por ello, primero, se buscará entender al *alterum non laedere* a través de su concepto, desarrollo histórico y sus principales críticas. Segundo, se analizará la naturaleza jurídica del deber de no dañar para entender su alcance. Por último, se evaluará su reconocimiento a partir de la normativa y jurisprudencia ecuatoriana, en contraste con el sistema de España y Argentina. Así, se pretende dar luces para la aplicación del *alterum non laedere*, de tal manera que se alcance su eficacia máxima.

Palabras clave
Alterum non laedere; deber de no dañar; derecho de daños; daño, principio; deber; obligación; responsabilidad civil; naturaleza jurídica

Abstract
Alterum non laedere, neminem laedere, also known as the duty to not harm, has historically generated discussions regarding its existence, recognition, and scope. The main criticism made to this institution is about its incidence on the principle of legal certainty given that its absolute recognition would imply that any damage is compensable. On the other hand, if it were not recognized, the victims of unjust damages not typified would be left defenseless. Therefore, first, this article will seek to understand the alterum non laedere through its concept, historical development, and its main criticisms. Second, the legal nature of the duty to not harm will be analyzed to understand its scope. Finally, its recognition will be evaluated based on the Ecuadorian regulations and jurisprudence, in contrast with the systems of Spain and Argentina. Thus, it is intended to give some lights to the application of alterum non laedere, in such a way that its maximum effectiveness is reached.

Key Words
Alterum non laedere; duty not to harm; tort law; tort; principle; duty; obligation; civil liability; legal nature

1. Introducción

Sin lugar a dudas, el Derecho de Daños se ha consolidado como una de las ramas jurídicas de mayor relevancia práctica toda vez que sus efectos se proyectan a lo largo de la mayoría de relaciones del decoro social. En dicho proceso, juegan un papel fundamental ciertas instituciones propias del ramo como lo son la Responsabilidad Civil y sus presupuestos materiales. Dentro de estos últimos, conviene destacar a la antijuridicidad de la conducta, misma que ha evocado una gran cantidad de debates en cuanto a su conceptualización y alcance.

En ese sentido, existe una fuerte discusión sobre el denominado deber general de no dañar, también conocido como *alterum non laedere*. En especial, se discute sobre su existencia, reconocimiento y alcance. Esto debido a que, para algunos, la violación u omisión del mismo basta para transgredir al ordenamiento jurídico, y configurar el presupuesto material de la antijuridicidad en la Responsabilidad Civil.

Por lo tanto, en el presente estudio se buscará realizar un recorrido breve sobre el proceso de creación y desarrollo del *alterum non laedere,* desde su concepción en las antiguas civilizaciones hasta ciertos ordenamientos de la actualidad. Por lo cual, será necesario sintetizar los argumentos presentados por aquellos que están en contra del reconocimiento pleno del deber general de no dañar y contraponerlos con aquellos argumentos que sostienen no solo su reconocimiento, sino también su categorización como principio general del Derecho, o como deber jurídico.

Consideradas estas primeras secciones, el presente estudio se enfocará en los distintos argumentos aplicables a la realidad jurídica ecuatoriana. Con esto en mente, se buscará responder a las siguientes interrogantes: (i) ¿las normas vigentes en Ecuador reconocen el *alterum non laedere*?; (ii) ¿existen conceptos jurídicos que contribuyan a una aplicación efectiva del deber general de no dañar?; y (iii) ¿cuál es el estado actual de la práctica jurisprudencial ecuatoriana respecto del *alterum non laedere*? Todo esto buscando garantizar una mayor protección preventiva y compensatoria para la víctima, sin afectar la seguridad jurídica.

2. Origen y evolución del principio *alterum non laedere*

En la presente sección se desarrollará el nacimiento del deber general de no dañar y su evolución en el mundo jurídico hasta consagrarse como un principio general del Derecho. Esta exposición se dividirá en tres partes. Se iniciará

detallando el concepto del *alterum non laedere* y los puntos de vista de diferentes doctrinarios respecto a dicho precepto [**2.1**]. Después, se revisará su historia desde sus orígenes hasta su actual presencia en distintos ordenamientos jurídicos [**2.2**]. Por último, se concluirá con la exposición de los argumentos más comunes que han surgido para desacreditar la existencia del deber general de no dañar y que, poco a poco, han ido perdiendo fuerza [**2.3**].

2.1. Definición del principio *alterum non laedere*

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos reconocen múltiples principios, preceptos y reglas generales que nutren al Derecho. Entre estos destaca el *alterum non laedere,* cuya traducción al español es "no dañar a otro".[1] Dicho principio se lo debe entender como una proposición básica que sirve como: (i) una de las primeras premisas de un sistema; (ii) una regla que permite construir el sistema; y (iii) un instrumento para analizar e interpretar congruentemente al sistema en sus "lagunas, silencios y desarmonías".[2] Así, Stiglitz y Echevesti se refieren al principio *alterum non laedere*, expresando que:

> La vida en sociedad [y] el vivir honestamente, interpelan al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta dañadora se muestra como impropia, equivocada e ilícita. El *naeminem laedere* o el no dañarás es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo, quitándole cierto derecho o interés el cual antes se beneficiaba por estar en su persona o patrimonio. La idea central es que, al menos como regla, todo daño es injusto en cuanto lesiona un interés merecedor de tutela y a la vez, viola el genérico deber jurídico de no causar daño al otro, *alterum non laedere.*[3]

En la misma línea, Alterini expresa que "la sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad determina que esté sometido a un deber general de no dañar: el *neminem laedere* de los romanos".[4] Este deber rige por el mero hecho de la convivencia social y es el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico.[5] Al respecto, Donnini establece que:

> El precepto *alterum non laedere* o *neminem laedere* (no dañar a otros) demuestra claramente la filosofía de Epicuro, que considera el resultado de un compromiso

1 Real Academia Española. Diccionario panhispánico de español jurídico. "*alterum non laedere*" (acceso el 20 de enero de 2021, http://bit.ly/3o1qC2H.

2 Felipe Osvaldo San Martín Luchsinger, *La antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad civil extracontractual*, (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2018), 8.

3 Gabriel A. Stiglitz y Carlos A. Echevesti, "El daño resarcible" en *Responsabilidad civil*, ed. Jorge Mosset Itturraspe (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997), 216.

4 Atilio A. Alterini, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 619.

5 Laura Ostos Palacios, "Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual", *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* número 1 (2006), 494, https://doi.org/10.5944/rduned.1.2006.10914.

> de gran utilidad, con la posibilidad de que los hombres no se hagan daño entre ellos. Esta es una regla de la ley natural. El epicureísmo propone a la felicidad, en el sentido de bienestar individual y colectivo y para lograr esto es necesario un deber de no dañar a otros.[6]

De lo expuesto, se puede concluir que tanto el *neminem laedere* como el *alterum non laedere* son usados en la doctrina indistintamente como sinónimos, haciendo ambos referencia a aquel principio de no dañar, lesionar o perjudicar ilícitamente a otro, ya sea en su persona o en sus bienes.[7] Sin embargo, cabe considerar que existe una diferencia técnica entre el *neminem laedere* y el *alterum non laedere.* El primero significa "no dañar a nadie" de forma general, en cambio el segundo significa "no dañar a otro", refiriéndose a una relación intersubjetiva más concreta.[8]

El origen de estos preceptos se encuentra en la filosofía estoica griega, la cual reconocía como deberes morales, eminentemente éticos y muy relacionados con la religión, los siguientes: "vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada cual lo suyo".[9] Estos postulados, según Ulpiano, determinan el contenido del Derecho.[10] Por tanto, el *alterum non laedere* al ser uno de los tres postulados del Derecho antes mencionados, se lo conoce como una regla de alcance general que "da solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir".[11]

Como se verá a continuación, el deber de no dañar se fue trasmutando, y fue en la época de la antigua Roma que se lo categorizó como un principio general del Derecho y empezó a ser recogido en diferentes ordenamientos jurídicos.

2.2. Historia y desarrollo del principio *alterum non laedere*

A pesar de que el origen de este principio se encuentra hace más de 2000 años, el término *alterum non laedere,* como tal, es atribuido a Ulpiano. Por esta razón, se considera que este principio proviene del Derecho Romano clásico y ha atravesado por una paulatina evolución. De hecho, es posible detectar su primer registro escrito en el Código de Justiniano, también contenido en el *Corpus Juris Civilis* y en el *Digesto* de Ulpiano (1.1.10.1).[12]

---

6 Traducción libre. Rogério Donnini, *Prevención de daños y la extensión del principio neminem laedere.* Responsabilidad civil (SanSau Paulo: Método, 2002), 486-487.

7 Héctor Eduardo Lázzaro y Gastón Leandro Medina, "La regla de Ulpiano ´Alterum non laedere´ y su afianzada vigencia en el Código Civil y Comercial de la Nación". *Revista Jurídica Electrónica de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora* No. 5, Año III (2018): 4, http://www.derecho.unlz.edu.ar/revista_juridica/05/06.pdf.

8 María del Carmen Cerutti, *Derecho de Daños. Análisis de algunos problemas conceptuales.* (Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011), 12-13.

9 Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004), 7.

10 Ibid. , 7.

11 Sentencia No. 96/2010, Tribunal Supremo de España, 29 de noviembre de 2011.

12 Mariana Moranchel Pocaterra, *Compendio de Derecho Romano* (Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2017), 13.

Posteriormente, juristas de Bolonia, al tratar la doctrina de Gayo, contribuyeron con la obra de Ulpiano aclarando el alcance o extensión del mismo, agregando que "el que hace uso de su derecho de buena fe no perjudica a nadie".[13] Siguiendo esta línea, el *alterum non laedere* fue implementándose con esta idea en diversos instrumentos jurídicos. Por ejemplo, el Código de Napoleón de 1804, en su artículo 1382, prescribía implícitamente el deber jurídico de no dañar, mencionando que "cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo".[14] Con influencia del Código Napoleónico, este principio se ha configurado como una norma implícita y principio rector de la responsabilidad civil en varios países de tradición jurídica continental.

En el caso de Ecuador, se puede inferir el reconocimiento general de este deber en el artículo 2229 del Código Civil: "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta".[15] Disposición a la que se añade el artículo 2214 que prescribe, de manera específica: "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización".[16] En este sentido, en el ordenamiento ecuatoriano se reconoce al principio. Sin embargo, su alcance queda limitado únicamente a situaciones en las que quien causa el daño actúa con culpa o dolo, pues son los fundamentos tradicionales del derecho resarcitorio.[17]

Otros ordenamientos jurídicos que reconocen al principio *alterum non laedere* son los de Argentina y España. En el caso de Argentina, Cerutti afirma que "el *alterum non laedere* puede considerarse un principio general vigente [tanto] dentro del derecho argentino [como en los sistemas] de influencia romana [donde] la obligación de no dañar a otro es una verdadera norma jurídica".[18] Por su parte, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado a favor del *alterum non laedere*, considerándolo como el principio general por excelencia.[19] En esta línea, Bueres expresa que:

> La prohibición de causar daño es un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas. Este carácter de principio no se pierde por el hecho de que dicho principio no esté formulado en la ley si no que fluya del derecho positivo induciéndolo de las normas particulares o bien se lo extraiga por deducción sistemática.[20]

13 Miguel Ángel Moreno Navarrete, "La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio "Alterum non laedere" y la desprotección de las víctimas y perjudicados". *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* No. 8 (2014), 3, http://dx.doi.org/10.25115/ridj.v3i8.1810.

14 Artículo 1382, Código Civil francés, promulgado el 21 de marzo de 1804.

15 Artículo 2229. Código Civil [CC], Registro Oficial-Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

16 Artículo 2214, CC.

17 Gil Barragán Romero, *Elementos del daño moral.* (Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2008), 22.

18 Cerutti, *Derecho de Daños,* 252.

19 Fernando Reinoso Barbero, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Madrid: Editorial Dykinson, 1987), 50.

20 Alberto J. Bueres, "El daño injusto y la ilicitud de la conducta" en *Derecho de Daños*, (Buenos Aires: La Rocca, 1991).

Entonces, del análisis general de estos ordenamientos jurídicos, se puede concluir que el *alterum non laedere* está presente en varios países con sistemas jurídicos de tradición romana. Además, la premisa de no dañar a otros ha guiado, desde tiempos antiguos, el comportamiento de las personas en sus relaciones. Por lo tanto, podría ser entendido como un estándar de conducta, fácilmente reconocible como un principio en el Derecho.

2.3. Argumentos que rechazan la existencia del principio *alterum non laedere*

Parece ser que hoy en día es innegable la presencia del deber general de no dañar. La mayor parte de la doctrina lo reconoce firmemente. Sin embargo, en cierto punto, surgió una corriente doctrinaria que niega la existencia de este principio en la práctica de la responsabilidad civil. Por esta razón, se dilucidarán ambas tendencias y su relevancia.

Por un lado, la corriente que afirma la existencia de este principio, considera la práctica de la responsabilidad civil como esencialmente reguladora de la conducta.[21] Dentro de esta tendencia se agrega que el tener en el ordenamiento jurídico el deber de no dañar necesariamente va acompañado, en la práctica, de los términos derechos y deberes. Así, la responsabilidad civil incluye un deber de no dañar, a la vez que genera un derecho correlativo de no ser dañado y, en todo caso, si el daño ocurre, surge la obligación de indemnizar y recibir la correlativa indemnización. Por tanto, en caso de darse una violación, se "activan" estos derechos y deberes concernientes a la compensación de los menoscabos que se causaron.

En cambio, la doctrina que niega la presencia del principio se caracteriza por argumentar que en la práctica el resarcimiento de los daños causados tiene asidero en un aspecto estrictamente reparador; así, para ellos existen solo los derechos y deberes relativos a la reparación de los prejuicios que sufrió la víctima, suprimiendo el deber de no dañar y el derecho a no sufrir daños.[22]

La incidencia de aceptar o no al *alterum non laedere* es relevante. Dependiendo de su aceptación o negación, se tendrá: (i) una diferente visión de conceptos filosóficos ya sean deontológicos o consecuencialistas[23]; (ii) una dispareja posición dogmática sobre la antijuridicidad y los daños justificados[24]; y (iii)

21 Diego M. Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere", *Revista Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Número 41 (octubre 2014): 20, https://doi.org/10.5347/41.2014.

22 Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere," 21.

23 Para comprender lo mencionado, un ejemplo sería el hablar del análisis económico del derecho, desde una visión consecuencialista se niega la existencia de un deber general de no dañar y un derecho a no ser dañado. De hecho, esta perspectiva sostiene que existe solamente un deber de compensar y un derecho a ser compensado, teniendo en cuenta únicamente el principio de eficiencia.

24 Ver, Hernán Felipe Escudero Álvarez, *"La vigencia del principio alterum non laedere y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil"* (Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2019).

una distinción clara en el razonamiento jurídico al momento de dictar una sentencia.[25]

Establecido esto, se precisa desarrollar los tres argumentos más frecuentes para descartar la presencia del *alterum non laedere* en los ordenamientos jurídicos actuales. El primero, se refiere a que es poco frecuente encontrar legislaciones vigentes que contemplen expresamente un deber de no dañar. En cambio, sí es usual el establecimiento de deberes expresos de compensar los daños que se causen. Por esto se suele afirmar que el legislador no tiene la intención de imponer un deber de no dañar, sino más bien un deber de compensar los daños causados. Así, se argumenta que los artículos 2214 y 2229 del Código Civil ecuatoriano son normas tan genéricas que no abarcan el *alterum non laedere.*[26]

Segundo, se sostiene que el plantear de manera tan absoluta un deber de no dañar haría que la vida social fuese imposible de llevar. Esto debido a que se formaría un modo de vida excesivamente restringido, donde las maneras en las que se puede llegar a ocasionar perjuicios a terceros son ilimitadas. Se sostiene que, una norma de este calibre y con esas características llegaría a ser contraria a los sistemas económicos que se fundan en la competencia, donde se permiten y muchas veces hasta se promueven actividades que resultan estadísticamente nocivas para los intereses ajenos.[27]

Por último, un tercer argumento se basa en que el razonamiento jurídico de un juez que reconoce el principio no sería diferente de uno que lo rechaza; toda vez que la intervención del operador de justicia tiene lugar siempre después de producido el daño, momento en que lo relevante es indemnizar a la víctima. Por esto, de acuerdo a esta postura, aunque el sistema de responsabilidad civil pueda ser edificado discursivamente incluyendo al *alterum non laedere* en el centro, este deber es fútil en la práctica debido a que no logra su objetivo: mitigar los daños que sufren las víctimas. Por lo que, para sostener que tiene una real eficacia, el principio debería tener impacto sobre la pretensión de no sufrir daños.[28]

No obstante, como ya se mencionó anteriormente, la práctica actual de la responsabilidad civil en la mayoría de sistemas jurídicos contemporáneos apoya

25 Respecto al razonamiento jurídico que realizan los jueces, si los operadores de justicia parten de la premisa de que existe el *alterum non laedere*, sus argumentos para determinar si una persona es responsable o no, necesitarán una serie de conceptos básicos particulares relacionados al principio en cuestión. Por el contrario, si parten de la idea de que no existe el *alterum non laedere* el razonamiento jurídico requerirá de otros conceptos que pueden llevar a soluciones diametralmente diferentes. Dejando establecido esto, el uso o no del principio es fundamental ya que, en casos análogos se podrían dictar sentencias totalmente contradictorias, y el no uso del principio llevaría a que las decisiones se tomen dependiendo mayormente de la subjetividad de los jueces; un escenario no necesariamente deseable.

26 Pablo Salvador Coderch, "Recensión a 'Derecho de daños', de Luis Díez-Picazo". *InDret: Revista para el análisis del Derecho,* No. 1 (2000) 5, https://bit.ly/3plN0W4.

27 Fernando Pantaleón Prieto, "Comentario al artículo 1902 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil* (Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), 1980.

28 Miquel Martín-Casals, "La 'modernización' del derecho de la responsabilidad extracontractual", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil* (Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011), 59.

la presencia de este principio en la responsabilidad civil y ha logrado descartar los argumentos más frecuentes para negar su existencia.

El principio general de no dañar, a pesar de ser tipificado por primera vez por Ulpiano, ha estado presente desde tiempos antiguos, partiendo desde sus raíces con un carácter moral y como una forma de vivir en sociedad. Aunque este principio ha tenido una evolución progresiva en el tiempo, han surgido tendencias que buscan eliminarlo, principalmente por motivos de eficiencia. No obstante, poco a poco las ideas que niegan el principio pierden fuerza. Por ello, en las secciones [**3.**] y [**4.**] del presente artículo, se profundizará en la naturaleza jurídica del principio y su presencia en el sistema jurídico ecuatoriano, respectivamente.

3. Naturaleza jurídica del *alterum non laedere*

En la presente sección se tratará la discusión doctrinaria que se tiene acerca de la naturaleza del *alterum non laedere,* y, en consecuencia, sus efectos prácticos. En específico, se evaluará si se trata de un principio rector de la responsabilidad civil [**3.1.**] o, como sostiene Cerutti, de un deber jurídico derivado de una norma implícita [**3.2.**]. Todo esto, para poder establecer qué alcance permite una aplicación plena del *neminen laedere* [**3.3.**].

3.1. El *alterum non laedere* como principio rector de la responsabilidad civil

Para parte de la doctrina, el *alterum non laedere* es un principio rector que se encuentra vigente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Incluso, hay quien afirma que este es el "principio general por excelencia".[29] Pero, ¿qué es técnicamente un principio? Doctrinariamente se han empleado diversas definiciones, que van desde ser un axioma, hasta ser un reflejo de la tradición jurídica. No obstante, la definición de la que se parte en el presente análisis es la provista por Barberis en los siguientes términos: "[el concepto principio] se lo usa además para expresar generalizaciones obtenidas a partir de las reglas del sistema, para designar pautas a las que se atribuye un contenido manifiestamente justo y para referirse a disposiciones constitucionales que tienen solo valor pragmático".[30]

Es decir, se considera principio a aquel reflejo de las reglas sociales consideradas justas o deseables. Como tal, los principios pueden derivar del contrato social y tienen el objetivo de delimitar conductas sociales necesarias para la

29 Reinoso Barbero, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 50.
30 Julio Barberis, "Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* Número 41 (diciembre, 1991): 23, https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/issue/view/512.

convivencia, o viceversa. En este caso, el *alterum non laedere* puede ser considerado como principio en la medida en que es una respuesta a una conducta que la sociedad considera manifiestamente injusta: el causar daño a otros sin que medie una causal de justificación.

Ahora bien, la relevancia práctica de esta concepción es que, si se considera como principio, el *alterum non laedere* sirve tanto como estándar de debida conducta de los individuos, como estándar de interpretación de las obligaciones legales.[31] Estándar de debida conducta en cuanto pone un límite al actuar y a la libertad individual, siendo ese límite el no causar daños injustos a otros. Y, como estándar de interpretación, en cuanto constituye la *ratio iuris* detrás de la responsabilidad civil.

3.2. El *alterum non laedere* como deber jurídico

El entendimiento del *alterum non laedere* como deber jurídico nace en un intento de limitar su alcance. El principio puede acarrear muchos problemas prácticos al ser dependiente de una idea *iusnaturalista*, dada la apertura con la que se lo propone. Por lo que ciertos doctrinarios han centrado sus esfuerzos en limitarlo lógicamente desde su definición, en positivizarlo y así reducir el margen de la subjetividad.

Esta concepción ha sido propuesta por Cerutti y, explicada por Papayannis, en los siguientes términos:

> […] el deber de no dañar puede ser afirmado como una *norma implícita* en los ordenamientos jurídicos que comparten ciertas normas explícitas y ciertos entramados conceptuales. Las nociones jurídicas fundamentales desarrolladas por la ciencia del derecho, y de las cuales se vale también el legislador, sirven de vínculo conceptual entre las normas explícitas y las que se implican de ellas.[32]

Este deber jurídico es el resultante de la aplicación del silogismo: acto ilícito es aquella condición para la sanción; la conducta contraria al acto ilícito es el llamado deber; el que asume la sanción es el responsable[33]; el ordenamiento jurídico sanciona el causar daño a otros; por lo cual, hay un deber de no causar daño a otros, cuyo incumplimiento genera responsabilidad por un acto ilícito y, como consecuencia, una sanción. Por ser parte del ordenamiento jurídico, este deber debe estar sujeto a los principios y fundamentos de interpretación lógica de las disposiciones legales.

31 Ostos, "Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual" 494.
32 Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere" 26.
33 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960), 125.

Esta concepción se basa, en gran medida, en el entendimiento de Kelsen del derecho como un orden coactivo. Concepción desde la cual, el fin de la disposición legal es sancionar la conducta —dañar a otros— y, a la vez, que esa conducta sancionada genere un deber correlativo —abstenerse de dañar a otros—. El problema viene en que esta postura no provee un mecanismo específico para diferenciar la sanción de otros conceptos jurídicos como el precio o el impuesto.[34]

Desde esta perspectiva, se inferiría una obligación a raíz de una amenaza de sanción. En cuyo caso, los individuos actuarían guiados por la creencia de que van a evitar una sanción. Explicación que no resulta adecuada ya que las obligaciones aplican independientemente de que se crea tenerlas o no.

Todo esto presenta dificultades al momento de considerar aquellas conductas que, sin ser ilícitas, generan responsabilidad.[35] Dichas conductas, si bien pueden estar sujetas a una sanción en última instancia, no son *per se* conductas no deseables, justificables o necesarias. Ejemplo de esto podría ser el daño causado por legítima defensa, donde la conducta dañosa es resultado de un ejercicio de protección personal y, por ello, es justificable.

Otra perspectiva de esta teoría asume que una conducta con altas probabilidades de ser sancionada es ilícita, mientras que la contraria a ella sería un deber. El objeto de considerar esta obligación como un deber jurídico es imponer la conducta, independientemente de si esta se contrapone a los intereses particulares o no. Adicionalmente, bajo esta idea, no basta con que se reconozca o infiera la obligación, sino que es necesario que exista un mecanismo para reclamar su cumplimiento. Respecto a esta teoría, Papayannis añade lo siguiente: "[…] más que sostener que el *alterum non laedere* puede ser derivado a partir del material jurídico vigente […] este principio puede observarse directamente en el razonamiento práctico de los juristas".[36]

Este autor propone, en cambio, que el deber jurídico se pueda inferir de la práctica común jurisprudencial o hasta doctrinaria, dándole una acepción más realista. No obstante, esta se enfrentaría a la misma duda que enfrenta el Realismo Jurídico: la poca confianza que se tiene a la calidad, análisis y práctica disruptiva de jueces en sistemas de tradición jurídica continental.

Tanto Cerutti como Papayannis coinciden en que se trata de un deber jurídico. No obstante, ambos tienen puntos debatibles. La primera en cuanto no di-

34 Tanto el *precio*, como el *impuesto* convergen con la sanción en ser una consecuencia frente a una determinada conducta. El problema radica en que la conducta que genera una sanción es socialmente indeseable, mientras que las conductas o hechos que generan el pago de un precio o impuesto no son *per se* socialmente indeseables.

35 Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere", 32.

36 Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere", 31.

ferencia las sanciones de otros conceptos como precios o impuestos, así como tampoco considera conductas lícitas que generan responsabilidad. Mientras que el segundo se vale de sobremanera de la confianza en el sistema judicial, por lo que sería deficiente su aplicación en ciertos sistemas donde, en muchas ocasiones, la calidad jurisprudencial no es la deseable.

3.3. Consideraciones finales sobre la naturaleza jurídica del *alterum non laedere*

Habiendo visto las posibles acepciones de la naturaleza jurídica del *alterum non laedere* y sus implicaciones prácticas, se puede concluir que las definiciones dadas hasta la fecha satisfacen dudas teóricas sobre el alcance del principio, pero atraen muchos más problemas prácticos. Por lo que el ceñirse estrictamente a cualquiera de ellas, significaría no cumplir eficazmente el objetivo de proteger a la víctima y garantizar su indemnización.

Por lo tanto, se debe concebir al *alterum non laedere* como un principio que nutre el ordenamiento jurídico en cuanto se quieran establecer estándares de conducta deseables y, a la par, interpretar disposiciones legales oscuras. Siendo así, por un lado, el límite a la conducta individual tendría su razón de ser en el deber de no dañar injustamente a otro. Con ello, se tiene una “prevención como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación […]”.[37]

Por otro lado, hay que considerar que puede haber casos en que la naturaleza compensatoria de las sanciones impuestas se enfoque en resarcir el daño, cuando debería priorizar el evitar o prevenir que estos se den. En dichos casos, si bien enfocarse en el resarcimiento podría parecer correcto, en la práctica se reduciría la comisión de ilícitos civiles a un análisis económico de posibilidades. Es decir, si el causar el daño representa mayores beneficios que los perjuicios que implica indemnizarlo, entonces conviene soportar las consecuencias de la comisión del mismo. Si se diese esto, no solo no sería posible una función preventiva del derecho de daños, sino que el derecho de la víctima dependería de una facultad alternativa en la que la decisión queda en manos del causante del daño.

Así también, se deben considerar aquellos casos en los que se castiga una conducta potencialmente dañina, incluso si quien la comete está dispuesto a pagar la indemnización resultante del daño. Un ejemplo sería en el que una empresa X emite publicidad considerada como desleal, supuesto en el que el ordenamiento ecuatoriano sancionaría dicha conducta incluso si no ha

37 Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: La Responsabilidad Civil Extracontractual* (Madrid: Editorial Civitas, 2011), 27.

producido daños. Este tipo de regulaciones evidencian que hay disposiciones preventivas en el ordenamiento.

Por último, también es apropiado considerar al *alterum non laedere* como un deber implícito, resultante una vez producido el daño. Es decir, este serviría como aquel elemento que hace antijurídica a la conducta, abriéndose así la posibilidad de resarcir los daños producidos. Si se diera esta variación en la práctica, se cumpliría con las funciones del Derecho de Daños tanto preventiva como compensatoria, dando una mayor protección a la víctima.

4. Alcance jurídico del *alterum non laedere* en Ecuador

En la presente sección, se buscará determinar el rango que puede ostentar el deber general de no dañar, principalmente al amparo del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Primero, se analizará el estado actual de la normativa y el reconocimiento como un principio general y una norma implícita protectora de un interés jurídico [4.1]. Posteriormente, se hará una mención breve sobre ciertas prácticas jurisprudenciales relevantes [4.2]. Y, se concluirá con la exposición de conceptos relacionados a la aplicación del *alterum non laedere* [4.3].

4.1. El reconocimiento del *alterum non laedere* en la normativa ecuatoriana

Como se ha mencionado en secciones anteriores, a lo largo del tiempo se ha tratado de establecer la verdadera naturaleza del precepto *alterum non laedere*, concluyendo que se puede tratar tanto de un principio rector como de un deber jurídico. A la fecha, la doctrina de mayoría sostiene que, en efecto, se trata de un principio que nutre el régimen de responsabilidad civil. Por esto, la cuestión se reduce a definir si en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconoce o no el *alterum non laedere*, o si se lo puede inferir a partir de la interpretación normativa y de la práctica jurisprudencial.

Ciertas legislaciones han optado por un desarrollo más amplio sobre el alcance del *alterum non laedere*. Por ejemplo, Argentina categoriza a este deber con rango constitucional, aunque no emplea expresamente en su texto los términos *alterum non laedere* o deber general de no dañar. Sin embargo, el artículo 19 de la Constitución de la Nación, sí prescribe que "[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados […]".[38] Al referirse al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha sostenido que:

38 Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de agosto de 1994, reformada por última vez en el Boletín Oficial de la República Argentina de 29 de diciembre de 1993.

> [E]l mandato del *alterum non laedere*, vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace a su respecto el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.[39]

En el caso ecuatoriano, se descarta la posibilidad de que una norma puramente formal reconozca expresamente el deber general de no dañar, en razón de lo cual conviene dilucidar los argumentos necesarios que permitan inferir la existencia tácita del mismo.

El diseño y establecimiento de las normas jurídicas, en la práctica enfrenta como principal barrera a la imposibilidad de prever todos los presupuestos susceptibles de regularse. Por ello, Galiano Maritán y González Milián explican que:

> La ciencia jurídica moderna ha llegado a la conclusión de que las leyes son siempre insuficientes para resolver los infinitos problemas que plantea la vida práctica del Derecho. Es decir, que pese a la aspiración del legislador de prever todas las hipótesis posibles, siempre quedan fuera de ellas casos no imaginados.[40]

Ante tal escenario y conscientes de que el principio *alterum no laedere*, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no goza de un reconocimiento expreso, se deben considerar al menos tres fundamentos que permitan concluir si el deber general puede o no inferirse. Entonces, se deberá tener en cuenta: (i) los principios generales en el ordenamiento nacional; (ii) la existencia de normas implícitas; y (iii) la noción del interés jurídico.

4.1.1. El *alterum non laedere* como un principio general en el ordenamiento ecuatoriano

Como es conocido, el Derecho lleva aparejada una función reguladora del comportamiento humano. En ese sentido, contempla sistemas de complementación de todas aquellas situaciones que no han sido previstas en el texto de las normas. En la doctrina, la mayoría categoriza estos vacíos como lagunas jurídicas, solucionándolas mediante la denominada integración del Derecho. En criterio de Ferrari Yauner, "integrar significa analizar el Derecho como un todo, verlo en su totalidad para buscar una solución ante la ausencia o insu-

39 Benjamín Jorge Lew y otro c. Estado Nacional-Ministerio del Interior-Policía Federal/ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 25 de septiembre 1997, 5.

40 Grisel Galiano Maritán y Deyli González Milián, "La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho", *Revista Díkaion. Revista de Fundamentación Jurídica* volúmen 21, número 1 (mayo 2013): 436, https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2270.

ficiencia de regulación para un supuesto específico".[41] Bobbio, por su parte, considera que la autointegración del Derecho no puede obedecer a arbitrariedades de los operadores de justicia, sino más bien, requiere un marco de referencia expresamente contemplado en el mismo ordenamiento.[42]

El sistema jurídico ecuatoriano ha establecido este marco de referencia que permite llenar los vacíos. Por ello, el Código Civil aclara que sirve para la interpretación judicial de la ley la aplicación de principios del derecho universal.[43] El Código Orgánico de la Función Judicial, por su lado, explica que "los principios generales del derecho, […] servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento […] también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia".[44] Finalmente, la Constitución ha dejado claro, al regular la garantía en la motivación, que todas las resoluciones de los poderes públicos no estarán debidamente motivadas si no se mencionan las normas o principios jurídicos que sirven de fundamentación.[45] Al respecto la Corte Constitucional de Ecuador ha establecido que: "[e]n términos positivos, para que se considere que hay motivación, los juzgadores en la sentencia deben al menos i) enunciar […] las normas [y] principios jurídicos en que se fundamentaron y ii) explicar […] la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".[46]

En razón de lo expuesto, en el Ecuador son aplicables, como fuente formal, los principios generales, toda vez que el ordenamiento jurídico los considera herramientas en el proceso de integración del Derecho. Aunque no existe un listado consensuado de principios generales, suelen ser clasificados en explícitos e implícitos. Corresponden a los primeros aquellos expuestos en normas jurídicas, y a los segundos, aquellos a los que se arriba a través de procedimientos de inferencia y deducción.[47] Como se ha venido exponiendo, el *alterum non laedere* ha sido considerado, además de deber general, como un principio general y por ello, a continuación, se buscará exponer las normas jurídicas, que permiten inferir su reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; específicamente a partir de la regulación que lleva a cabo el Código Civil.

41 Majela Ferrari Yaunner, *"Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba"* (Tesis Doctoral, Universidad de La Habana, 2010), 75.
42 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho.* (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 1661-165.
43 Artículo 18, CC.
44 Artículo 20, Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R. O. Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009 reformado por última vez el 08 de diciembre de 2020.
45 Artículo 76 numeral 7 literal l), Constitución de la República del Ecuador, 2008.
46 Sentencia No. 382-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de enero de 2020, párrafo 23.
47 Farith Simón Campaña, *Introducción al estudio del Derecho* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2018), 93.

4.1.2. El *alterum non laedere* a partir de un reconocimiento implícito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En primer lugar, bien se podría decir que el deber de no dañar, por su larga data, debe ser considerado como una costumbre jurídica de la cual se podría inferir su aplicación. No obstante, se considera que una apelación a la costumbre, como medio de inferencia del deber en el Ecuador, sería fácilmente derrotable. Esto, toda vez que de acuerdo con el artículo 2 del Código Civil[48], se otorga el reconocimiento como derecho a la costumbre siempre que la ley se remita a ella. Parece no existir una norma que haga uso expreso de la costumbre para aplicar el *alterum non laedere* y, por ende, mal se haría en realizar un ejercicio de interpretación legal; sobre todo cuando la normativa civil[49] establece el respeto a la literalidad cuando las normas son claras.

En segundo lugar, el deber de no dañar se podría inferir de una interpretación de las normas existentes; sin embargo, esto resultaría infructífero por tres razones. Primero, no es posible interpretar algo que no consta en una determinada norma. Dado que no existe referencia expresa al deber de no dañar, no es posible llevar a cabo un ejercicio de interpretación. Segundo, si se pretendiera interpretar las normas civiles existentes, se tendría que analizar si aquellas en efecto no son claras, o bien si en su redacción existen pasajes oscuros. Por ejemplo, de una lectura literal del artículo 2214, la indemnización se convierte en una obligación derivada del cometimiento de un hecho dañoso, por lo que no habría oscuridad. Tercero, no conviene un ejercicio de interpretación, sino más bien uno de sistematización. En esta línea, Cerutti explica que:

> [U]na cosa es identificar normas, para lo cual se le adjudica significado (tarea empírica) y otra cosa es la sistematización (tarea lógica) a partir de un conjunto de normas ya identificadas; lo que equivale a decir que un[a] (norma jurídica) implícit[a] sólo puede derivarse de normas que tienen un significado adjudicado. Con el argumento interpretativo se está en la tarea empírica de adjudicar significado a las normas de base, con las que luego se puede emprender la sistematización de las mismas y recién poder derivar otras normas.[50]

Partiendo del criterio de inferencia conceptual que se propone, se pretende inferir la existencia del *alterum non laedere* como una norma implícita que deriva de las disposiciones explícitas que sí ha previsto el legislador. Se trataría, como indica Ernst, de hallar "[…] en la norma antecedente de la implicación […] algún concepto jurídico de los que crea o elabora la ciencia jurídica aun

48 Artículo 2, CC.
49 Artículo 18, CC.
50 Cerutti, *Derecho de Daños*, 195 y 196.

cuando la norma no los menciona explícitamente."[51] Siendo así, son al menos tres normas que sí ha contemplado el legislador: los artículos 1453, 2214 y 2229 del Código Civil.

A partir de dichas disposiciones, la norma implícita que se busca inferir es el *alterum non laedere.* Este ejercicio debe basarse en el entendimiento de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, como el hecho ilícito, la antijuridicidad, la sanción y el deber jurídico. Como sostiene Kelsen, un "hecho ilícito [es] la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica".[52] En un sentido similar Nino, contempla a la antijuridicidad como "[…] la condición o el antecedente de la sanción, mencionado en una norma jurídica".[53] Por otro lado, respecto del deber jurídico, conviene traer a colación un fragmento de Nino, que indica:

> La conducta obligatoria –o sea el contenido de un deber jurídico– no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice, por ejemplo, "si alguien comete usura debe ser multado con mil pesos", la norma secundaria correspondiente dirá: "Debe omitirse la usura", siendo el abstenerse de cometer usura un deber jurídico.[54]

Ahora bien, respecto del contenido de los artículos del Código Civil previamente mencionados, es posible inferir la existencia del *alterum non laedere.* El hecho de que la norma sostenga que las obligaciones nacen entre otras "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona"[55]; que a su vez exprese que si alguien comete un acto que resulta lesivo para otro deberá indemnizar y, siendo que, por regla general, todo perjuicio debe repararse, implica que el cometimiento de un hecho antijurídico, requiere haber vulnerado una norma jurídica: abstenerse de generar daños o el deber general de no dañar. Por ello, Velásquez sostiene que la vulneración del *alterum non laedere* es un requisito necesario para la calificación del hecho antijurídico como tal y que, a su vez, podría devenir en la obligación de indemnización.

De manera general, el Código Civil ecuatoriano es el cuerpo legal que determina las actuaciones que sirven de fuentes de responsabilidad civil. En ese sentido, la Corte Constitucional de Ecuador ha sostenido que dentro de las fuentes de responsabilidad civil, "se encuentra la responsabilidad extracontractual, cuyo fundamento es el quebrantamiento del principio *alterum non laedere,* es decir, no causar daño a otro […]".[56]

51 Carlos Ernst, *Los derechos implícitos* (Córdoba: Editora Córdoba, 1994), 184.
52 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 73.
53 Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 175.
54 Ibid., 193.
55 Barragán, *Elementos del daño moral*, 22.
56 Sentencia No. 230-18-SEP, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de junio de 2018, 102.

Así, en definitiva, ya que las normas del Código Civil contemplan la sanción de indemnizar o reparar los daños derivados del cometimiento de un hecho ilícito, la cuestión se reduce a responder ¿cuál es el deber jurídico contenido como norma secundaria? La respuesta parece ser: el deber general de no dañar.

4.1.3. El argumento del interés jurídico protegido como sustento del deber de no dañar

A pesar de que el ordenamiento ecuatoriano no contempla al *alterum non laedere* de manera expresa, el legislador contempla un interés jurídico protegido que debe considerarse. Con esto, se hace referencia a que la Constitución reconoce como uno de los derechos de libertad, "[e]l derecho a la integridad personal que incluye; a) la integridad física, psíquica, moral y sexual. […]".[57] De esta manera, incluso para aquellos reacios al reconocimiento del *alterum non laedere* —que se inclinan por relacionar la obligación de indemnizar como consecuencia de la vulneración a un bien jurídicamente protegido— parece hallarse una remisión en la Constitución, reconociendo intereses tutelados por el ordenamiento.

Para, Kierszenbaum, el bien jurídico debe entenderse como "[un] interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico".[58] Puesto que la integridad personal ha sido reconocida como un derecho constitucional, se satisface plenamente el concepto de interés jurídicamente protegido y, por ende, todo acto que derive en un daño, específicamente que atente contra la integridad personal conllevaría aparejada la obligación de indemnizar, dando también eficacia al régimen de responsabilidad civil.

4.2. Sobre la práctica jurisprudencial del *alterum non laedere*

En esta sección, se hará referencia a fragmentos de la práctica jurisprudencial de ordenamientos jurídicos comparables al ecuatoriano. En ese sentido, se considerará lo sostenido por los operadores jurídicos de España, Ecuador y Argentina. Primero, se analizará jurisprudencia española [**4.2.1**]. Posteriormente, se tomará en cuenta fallos judiciales de Ecuador [**4.2.2**]. Y finalmente, se hará una mención a lo sostenido por las cortes argentinas [**4.2.3**].

57 Artículo 66 numeral 6, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

58 Mariano Kierszenbaum, "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", *Revista Lecciones y Ensayos,* número 86 (2009): 188, https://n9.cl/0k9a.

Las dos primeras jurisdicciones han sido elegidas en razón del origen histórico que vincula a los ordenamientos. Ello, lo explica Velásquez al decir que, aunque la norma predominante en la región sudamericana se vio fuertemente influenciada por el Código Napoleónico, la redacción a partir de Bello regresó la mirada a otras fuentes como normas españolas recogidas en las Siete Partidas, especialmente las leyes del título XV de la séptima partida.[59] El caso argentino ha sido seleccionado por la relevancia que da a la cuestión y el trato normativo que emplea.

4.2.1. Jurisprudencia de España

De la práctica jurisprudencial en España, se puede afirmar que existe un reconocimiento amplio y constante del *alterum non laedere* como principio general. Así, a manera de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo español en un proceso por responsabilidad extracontractual, se estableció que "[se condena] al demandado por la contravención del principio *alterum non laedere*, al no actuar con la diligencia que exigía su cargo, al no prever lo que debió ser previsto […]".[60] También, la jurisprudencia española ha sostenido que la aplicación del deber se extiende al régimen de la denominada *culpa in contrahendo*, al expresar que:

Por regla general, la ruptura de los llamados tratos preliminares no origina responsabilidad de ningún tipo, sin embargo, si debe producirla en este caso, [ya que no hay] justificación válida a la ruptura […y] se han producido indiscutibles daños a la contraparte […] con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.902 del mismo código, relativo a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que viene a recoger el principio general *"alterum non laedere*".[61]

Se precisa entonces que, en España, el principio parece gozar de protección legal y una práctica y reconocimiento jurisprudencial, refiriéndose a él como fundamento de la responsabilidad extracontractual. Así lo expresó, por ejemplo, una decisión del Tribunal Supremo español, en un juicio declarativo de menor cuantía buscando el cese definitivo de una actividad ilícita y el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habían generado. El Tribunal, además de enumerar otros preceptos normativos, aprovechó para catalogar al *alterum non laedere* como un principio que goza de virtualidad y es el "fundamento de la responsabilidad que tiene su plasmación normativa en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil […]".[62] Así, el Código Civil español no tiene un reconocimiento expreso del deber general de no dañar, sino más bien mantiene una redacción en los siguientes términos "el que por acción u omisión

59 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual* (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 184-185.
60 Sentencia número 772, Tribunal Supremo de Justicia de España, Primera sala de lo civil, 4 de noviembre de 1991.
61 Sentencia 756/2001, Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta de lo Civil, 22 de septiembre de 2001, 2.
62 Sentencia 4429/2006, Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2006, 4.

causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.[63] Bajo ese contexto, por la categoría recibida en su práctica jurisprudencial, no solo es un principio general o fundamento de la responsabilidad civil, sino que su reconocimiento como norma implícita parece no ser discutible.

4.2.2. Jurisprudencia de Ecuador

Del estudio general de la práctica jurisprudencial del Ecuador se puede afirmar que esta carece de un análisis profundo y sustancial sobre el *alterum non laedere*. No se cuenta con mayores disquisiciones sobre su alcance y significado. No obstante, conviene mencionar ciertas decisiones que, aunque de manera limitada, al menos pretenden incorporar ciertos aportes sobre este deber.

Así, por ejemplo, dentro del recurso de casación en el proceso ordinario por daño moral que seguía Xavier Neira en contra de Alberto Dahik, por expresiones realizadas en ruedas de prensa que, argumentó, mancharon su reputación, la Corte se limitó a mencionar de manera doctrinaria a Mosset Iturraspe, quien señala que: “[l]os actos ilícitos traducen violaciones a los mandamientos del orden jurídico, a las normas de civilidad; violan el deber de no dañar y el derecho que toda persona tiene a la indemnidad, a permanecer libre o exento de daños o no padecer una agravación de los ya existentes”.[64]

Así también, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ordinario por daño moral, entre Pedro Haz Alvarado y Chemlok del Ecuador S.A, hace una mención detallada y doctrinaria sobre algunos presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, cuando se dispone a analizar la configuración del hecho ilícito —antijuridicidad— se limita a expresar que:

> [P]ero sí será necesario concluir, del tenor expreso de la disposición, que la actuación u omisión debieron ser contrarios al ordenamiento jurídico: es clara la intención del Legislador de castigar conductas que tengan un tinte marcadamente ilícito. […] En efecto, como bien se concluye en el voto salvado […], predomina la idea de que la actuación u omisión deban ser ilícitos, contrarios al ordenamiento jurídico, para generar el deber de indemnizar.[65] [66]

63 Artículo 1902, Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 publicado en Gaceta de Madrid, No 206, de 25 de julio de 1889.

64 Sentencia No. 6-2008, Corte Suprema de Justicia, Segunda sala de lo Civil y Mercantil, 22 de enero de 2008, 12.

65 Sentencia No. 119-2008, Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo Civil y Mercantil, 21 de mayo de 2008, 6.

66 Similar criterio sostiene la Corte Suprema de Justicia en sentencia de juicio ordinaria seguido por Ángel Gutiérrez y Marcia Vargas en contra de la Compañía Molinos Champión S.A. al expresar que el daño resulta probado: “al no tomar las prevenciones técnicas y sanitarias [debidas] y ha contravenido expresas normas constitucionales como el establecido en el numeral 2 del Art.19 de la Constitución Política […]. En definitiva, se ha contravenido […] las disposiciones contenidas en los Arts.2241, 2242 en concordancia con el Art.1480 del Código Civil. Ángel Gutiérrez y Marcia Vargas en contra de Compañía Molinos Champión S.A, Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo Civil y Comercial, 29 de septiembre de 1993, 4.

Es decir, la Corte no profundiza en lo que se debe entenderse por contrario al ordenamiento jurídico, ni analiza si ello puede derivar de algún deber o principio. Sorprende, aún más, que la Corte parece afirmar que la acción de indemnización procedería sólo ante los casos de un hecho antijurídico doloso, pues sostiene que: "[…] una conducta ilícita no será únicamente la dolosa, pero ciertamente resulta muy difícil y forzado establecer que una conducta u omisión puedan generar el deber de indemnizar un daño moral, […] cuando en ellas no ha existido la intención positiva de irrogar un daño […]".[67]

Por otro lado, en la causa que seguía Flor María Méndez en contra de la Junta de Defensa Nacional, la Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A. y el Estado Ecuatoriano, por indemnización de daños y perjuicios, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, aunque resume en su sentencia como un argumento a considerar lo dicho por la parte actora respecto de que "debido al rompimiento del principio *alterum non laedere* (no causar daño a nadie) principio génesis del Derecho, a cargo de la demandada […][68]; no realiza ejercicio alguno de análisis respecto del hecho antijurídico como presupuesto de la responsabilidad civil. Por el contrario, parece solo referirse al daño, a la causalidad y a la falta del ejercicio probatorio.

En conclusión, por los fallos considerados parece que la jurisprudencia ecuatoriana realiza análisis superficiales sobre el deber general de no dañar y su relación con el presupuesto material de la antijuridicidad. De los casos expuestos, se limita a enunciar el *alterum non laedere* a través de la doctrina; mientras que, en otras, a mencionar que la antijuridicidad consiste en contravenir normas expresas, e incluso solo a los supuestos de contravenciones dolosas, es decir con la intención positiva de generar un daño.

4.2.3. Jurisprudencia de Argentina

Como se ha dicho, para la jurisprudencia argentina el *alterum non laedere* constituye un principio general de rango constitucional[69] y se orienta a decisiones más profundas y desarrolladas sobre el alcance de este deber. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el recurso de hecho presentado por la Comunidad Homosexual Argentina ha expresado que:

> […] haya o no haya habido "delegación de la seguridad de los espectadores" por parte del ente estatal, hay deber de seguridad que tenía la demandada como consecuencia del principio general del *alterum non laedere*. Ello es así porque existe

67 Sentencia No. 119-2008, Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo Civil y Mercantil, 21 de mayo de 2008, 6.
68 Flor María Méndez c. Junta de Defensa Nacional, Fábrica de Municiones Santa Bárbara S.A. y Estado Ecuatoriano, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 06 de febrero de 2013, 3.
69 Benjamín Jorge Lew y otro c. Estado Nacional-Ministerio del Interior-Policía Federal, 5.

> una expectativa de "*confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad*".[70]

Así también, en otro fallo respecto del recurso de hecho deducido por Facundo Silva contra Unilever Argentina S.A., por los daños derivados de accidentes laborales, sostiene que:

> El [*alterum non laedere*] encontró para su arraigo una sólida apoyatura constitucional. Esto es así, […pues] el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero": *alterum non laedere* […], principio al que corresponde conferir toda la amplitud que amerita evitando limitaciones en la medida en que impliquen "alterar" los derechos constitucionales.[71]

En el caso argentino, las sentencias consideradas, además de ratificar el carácter constitucional del *alterum non laedere* en el artículo 19 de su Constitución, también extraen el deber general de manera directa de derechos constitucionales como la vida, la integridad física y psíquica, el honor.[72] Se encuentra así un punto de conexión con el interés jurídico protegido por la Constitución ecuatoriana en su artículo 66 numeral 6.

En definitiva, Argentina no solo otorga un reconocimiento expreso, sino que desarrolla rangos y criterios de aplicación de manera constante y progresiva, estableciendo deberes correlacionados al mismo y dándole una protección amplia, en la medida que su aplicación no conlleve limitaciones de derechos constitucionales, haciendo así indispensable su consideración.

4.3. Conceptos relacionados al deber general de no dañar

Respecto de este apartado, conviene precisar que el ordenamiento ecuatoriano está influenciado por conceptos que pueden dar ciertas luces en cuanto a la aplicación debida del *alterum non laedere.* Así, por ejemplo, podemos explicar lo relativo al concepto de la debida diligencia y el estándar del buen padre de familia. De acuerdo con la doctrina, el actuar con debida diligencia consiste en "ajustar [la] conducta al estándar establecido por la comunidad".[73] Un estándar que puede generalizarse como el actuar previniendo causar daños a otros, tomando los cuidados necesarios de acuerdo con el tipo de acto que se

70 Comunidad Homosexual Argentina y Diego Arregui c. Estado Nacional – PFA - y otros s/, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 26 de diciembre de 2017, 3.

71 Facundo Silva c. Unilever de Argentina S.A, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 18 de diciembre de 2007, 11.

72 Gabriel Hernández Paulsen, "Responsabilidad Civil por Daños ocasionados en las Relaciones de Familia", Charla, (Santiago de Chile: 2008).

73 Papayannis, "The practice of the Alterum Non Laedere," 49.

ejecuta. En palabras de Papayannis, es un deber que "ordena al agente que intente no dañar, es decir, insta al agente a obrar con miras a que el daño no se produzca".[74]

Por otro lado, en el Ecuador, parece ser que el legislador ha adoptado un estándar transversal al Código Civil: el buen padre de familia. Para Santos, este estándar se traduce en "la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a la persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico de la vida social, cualificados por la clase de actividad a enjuiciar".[75] Siendo así, quien actúa con este estándar, cumplirá con lo que la sociedad espera de él. Históricamente, tiene su origen en el derecho romano y evoca la prudencia con la que tenía que manejarse quien ostentaba las *potestas*. De acuerdo con Martínez:

> la formación de ese modelo de conducta se construyó y funcionó en Roma [...]. Aparece en los pasajes de juristas romanos [...] para aludir a la [diligencia] de una persona normal, ordenada y cuidadosa en la gestión de su propio patrimonio, y por ende, en la ejecución de la prestación en concreto de que se trate.[76]

Ahora bien, actualmente se plantean al menos dos hipótesis. Por un lado, este estándar es aplicable a los supuestos contractuales en los que las partes no pactaron un régimen de diligencia. Mientras tanto, otro sector sostiene la necesidad de brindarle al juez cierta arbitrariedad para la evaluación de los casos individualmente considerados, de conformidad con las características propias de cada uno y haciendo uso de la sana crítica.

Parece ser que el estándar del buen padre de familia es empleado por la normativa civil en al menos siete oportunidades, haciéndolo un estándar transversal a las regulaciones que ejerce el C*ódigo sea en actividades contractuales o extracontractuales.*[77] Por ello, también el artículo 2223 del Código Civil prescribe que: el dueño de un edificio es responsable, para con terceros que no se hallen en el caso del Art. 978, de los daños que ocasione la ruina del edificio acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia.[78]

74 Ibid., 49.

75 Jaime Santos Briz. "Comentarios al artículo 1101 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil,* Coord. Sierra Gil de la Cuesta (Barcelona: Editorial Bosch, 2000), 95.

76 Gema Tomás Martínez. "La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: Reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil,* volúmen II, número 1, (enero, 2015), 63, https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/109.

77 El Código Civil ecuatoriano hace uso del estándar en diferentes materias. En el artículo 29, al relacionarlo con el régimen de la culpa leve; en el artículo 832, como parte las obligaciones del usuario o habitador en la regulación sobre el derecho real de uso o habitación; en el artículo 1880 y 1921 como parte de las obligaciones del arrendatario en los contratos de arrendamiento; en el artículo 2184, sobre la regulación de los cuasicontratos, específicamente como parte de las obligaciones del agente oficioso; y en el artículo 2296 sobre las obligaciones del acreedor en el contrato de prenda.

78 Artículo 2223, CC.

Por ello, al menos en el caso ecuatoriano, parece ser que el fundamento del principio o deber general de no dañar, busca evitar la consumación de perjuicios sobre otros de manera injustificada. Es decir, busca implementar un estándar de conducta deseable de ser seguido por los destinatarios de la norma.

De esta forma, queda establecido que existen conceptos y estándares transversales al ordenamiento jurídico ecuatoriano que dan luces sobre el reconocimiento, finalidad y aplicación adecuada del *alterum non laedere.*

5. Conclusiones

Aunque la regla general ha sido la falta de reconocimiento expreso del *alterum non laedere*, se ha sostenido que la técnica legislativa usada comúnmente —como en el caso ecuatoriano— presume la existencia de este deber. Esta última postura sostiene que no es necesario regular la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, sino directamente establecer la obligación de compensar los daños generados. La existencia de estas posturas ha generado una discusión doctrinaria sobre el reconocimiento, carácter y alcance del deber general de no dañar.

Esta discusión doctrinaria ha llevado a concluir que el *alterum non laedere* es un principio que ha estado presente desde la antigua Roma y ha atravesado por un constante desarrollo jurídico, cuya finalidad ha sido sobrellevar una vida en sociedad. Así, respecto de la naturaleza jurídica, actualmente el *alterum non laedere* debe concebirse tanto como un principio que nutre la responsabilidad civil, como un deber jurídico implícito en el ordenamiento. Una visión como esta cumple con, al menos, dos de las funciones del Derecho de Daños: prevenir y compensar los perjuicios. Por ello, la aplicación del *alterum non laedere* como principio cumple con la función preventiva al generar un estándar básico de conducta de los individuos. Mientras que su aplicación como deber jurídico, ofrece la posibilidad de una implementación práctica del ordenamiento, sancionando daños injustos y cumpliendo así con la función indemnizatoria.

Tras el estudio realizado, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es posible sostener que el *alterum non laedere*: (i) se trata de un principio general aplicable en el Ecuador que integra e informa el ordenamiento jurídico; (ii) se trata también de una norma implícita e inferible a través de conceptos jurídicos y regulaciones contempladas en el Código Civil; y (iii) se trata de un deber general con fundamento en la integridad personal, un interés jurídicamente protegido por el Derecho.

Respecto de la práctica jurisprudencial, en el Ecuador no se ha logrado un desarrollo óptimo del *alterum non laedere*. Si bien se usa como fundamento

de sentencias, los jueces realizan una sencilla enunciación del mismo. A diferencia de Ecuador, jurisprudencias de otros ordenamientos han logrado desarrollar un régimen *más* claro sobre el alcance del deber general de no dañar, siendo estos los casos de España y Argentina.

En consecuencia de lo expuesto, es fundamental que los operadores de justicia y los juristas en general, propendan a un mejor entendimiento del *alterum non laedere* a la luz de las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, los jueces podrán ayudarse de la interrelación del principio con otros conceptos como la debida diligencia, el estándar del buen padre de familia y el interés legítimamente tutelado.

Finalmente, si bien el *alterum non laedere* es necesario para la vida en sociedad, su aplicación conlleva dificultades prácticas, las mismas que deben ser zanjadas mediante la delimitación de su alcance. Esto concibiéndolo como un principio para prevenir daños y tomándolo como un deber jurídico para compensarlos. Resulta indudable que el reconocimiento del principio brinda seguridad jurídica siempre que se aplique de acuerdo a estándares razonables. Es decir, que no todo daño entra dentro de la protección del mismo, sino solo aquellos considerados como injustos bajo la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico. En definitiva, esta institución no solo existe, sino que nutre al ordenamiento, tanto para su implementación como para su interpretación.


HONESTIDAD
EFICIENCIA
EXPERIENCIA

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Los ejes centrales de la protección de datos: consentimiento y finalidad. Críticas y propuestas hacia una regulación de la protección de datos personales en Ecuador

The central axes of data protection: consent and purpose. Criticisms and proposals towards a regulation of the protection of personal data in Ecuador

Felipe Nicolás Roldán Carrillo*

Recibido / Received: 28/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2184

Citación:
Roldán Carrilo, F.N. «Los ejes centrales de la protección de datos: consentimiento y finalidad. Críticas y propuestas hacia una regulación de la protección de datos personales en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 8,* no 1, mayo de 2021, pp. 175 - 202, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2184

* Abogado Investigador Independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: felipe.roldan97@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0673-7009

Resumen

El ordenamiento jurídico ecuatoriano busca integrar el nuevo fenómeno normativo que está viviendo el derecho de protección de datos personales. En la Asamblea Nacional actualmente se está discutiendo el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos. Su objetivo principal es proteger este derecho fundamental frente al inminente avance tecnológico para así brindar seguridad jurídica. En el siguiente artículo se hará un análisis de los principios de consentimiento del titular y finalidad del tratamiento de datos, con la intención de determinar qué estándar de protección se busca implementar. Esto se estudiará desde la óptica de la legislación comparada, examinando el modelo normativo europeo y estadounidense para finalizar con una crítica del posible impacto práctico que se podría generar en caso de entrar en vigencia dicha ley.

Palabras clave

Protección de datos, datos personales, estándar de protección, consentimiento, limitación de la finalidad, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

Abstract

The Ecuadorian legal system seeks to integrate the new regulatory phenomenon that the right to protection of personal data is experiencing. The National Assembly is currently discussing the Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos. The main objective is to protect this fundamental right against the imminent technological advance in order to provide legal security. In the following article, an analysis will be made of the principles of consent and purpose limitation, with the intention of determining what protection standard is going to be implemented. This will be studied from the perspective of comparative legislation, examining the European and American regulatory model to end with a critique of the possible practical impact that could be generated if the law enters into force.

Keywords

Data protection, standard of protection, consent, purpose of treatment limitation, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos

1. Introducción

"*Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world*".[1]
Meglena Kuneva

Con el avance de las nuevas tecnologías y la globalización, cada día se torna más fácil vulnerar la privacidad de las personas y dar un mal uso de sus datos personales.[2] Estos cambios disruptivos presentan nuevos retos al derecho de protección de datos personales. Por eso, es de vital importancia regular el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, aunque muy pocos países han logrado darle dicho tratamiento.[3] Para dimensionar la falta de desarrollo, son 194 los países oficialmente reconocidos por la ONU, de los cuales tan solo 120 han incorporado legislación referente a la protección de datos.[4] Esta cifra equivale al 61% de países; no obstante, la gran mayoría no cuenta con un alto estándar de protección de datos o con leyes especializadas que lo regulen.[5]

El ordenamiento jurídico ecuatoriano es parte de este grupo de países que no cuentan con un estándar de protección de datos o con una ley especializada que lo regule, a pesar de recogerlo. La Constitución de la República y las leyes ecuatorianas son insuficientes al momento, de proteger este derecho fundamental. Actualmente, en la Asamblea Nacional se está discutiendo el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. El objetivo del presente trabajo es analizar cuál es el estándar de protección de datos que esta iniciativa busca implementar. El análisis del estándar se centrará específicamente en dos principios. Primero, está el principio de consentimiento, el cual constituye la piedra angular del derecho de protección de datos.[6] Segundo, está el principio de finalidad. Su importancia recae en la limitación en el actuar del responsable y encargado del tratamiento de datos a un fin específico.

Contar con un estándar de protección de datos personales presenta varias ventajas desde el punto de vista social, económico y político. Tutelar adecuadamente la privacidad de las personas es un reflejo de que una sociedad es democrática, reconoce y protege los derechos fundamentales.[7] Además, se

1 Meglena Kuneva, "Keynote Speech" en *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, ed. Comisión Europea (Bruselas: Comisión Europea de Consumo, 2009), 2.

2 Concepción Conde Ortiz, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, (Madrid: Dykinson, 2016), 19-20.

3 Ramón Oró Badia, *La protección de datos*, (Barcelona: Editorial UOC, 2015), 11.

4 David Banisar, "Article 19: Global Campaign for Free Expression", *National Right to Information Laws, Regulations and Initiatives 2018* (diciembre 2018): 1, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951416..

5 Payal Arora, "General Data Protection Regulation—a Global Standard? Privacy Futures, Digital Activism, and Surveillance Cultures in the Global South", *Surveillance and Society* 17 no. 5 (diciembre 2019): 718, https://doi.org/10.24908/ss.v17i5.13307..

6 Ana Garriga Domínguez, *Nuevos Retos para la Protección de Datos. En la Era del Big Data y de la computación ubicua* (Madrid: Dykinson, 2016), 153.

7 José Luis Piñar Mañas, "¿Existe privacidad?", en *Protección de Datos Personales, Compendio de Lecturas y Legislación*, ed. H. Cámara de Diputados (México: Tiro Corto Editores, 2010), 19-20.

hace un llamado al inversor extranjero y a otros países, a invertir en Ecuador. Si se busca la libre circulación de personas, mercancías y capitales, debería ser igual con los datos personales. Debería existir un flujo libre, donde exista una normativa que regule efectivamente el tratamiento de datos, y una autoridad competente que cuente con las herramientas necesarias para poder sancionar cualquier vulneración a los datos personales del titular.

Esto ha sido mermado por la falta de normativa especializada en esta materia. En el año 2016 se suscribió el Protocolo de Adhesión de Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea, donde se acordó desarrollar un nivel de protección adecuado para el flujo trasfronterizo de datos personales. Al no tener una ley que regule el tratamiento de datos personales ni una autoridad competente, se presentan dificultades a empresas que deben lidiar con la transferencia internacional de datos personales, pues no hay seguridad jurídica.[8] Además, no existe una verdadera protección para los ciudadanos. Cada día se vulnera este derecho fundamental de los ecuatorianos de distintas maneras, ya sea por la venta ilegal de datos, acoso de operadoras telefónicas, entre otras.

Para los efectos mencionados anteriormente, se llevará a cabo una metodología descriptiva y analítica. En el trabajo se empezará señalando la importancia de la regulación del derecho de protección de datos personales y por qué nuestro ordenamiento jurídico tiene falencias. También se explicará por qué es elemental desarrollar un estándar adecuado de protección respecto del consentimiento del titular y poner un límite a la finalidad de su tratamiento [§ 2]. Después se hará un estudio del estándar de protección de datos en la Unión Europea y Estados Unidos, para ver cómo es el estándar de consentimiento y finalidad en estos sistemas legales [§ 3]. Por último, un análisis al estándar de protección de datos personales sobre el consentimiento y finalidad y cuáles son las críticas y propuestas en el Ecuador con respecto al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales [§ 4].

2. Protección de datos: Importancia de su regulación

2.1 Antecedentes y falencias del sistema legal ecuatoriano

A nivel mundial se está generando consciencia de crear un marco normativo para dar especial protección y correcto tratamiento a los datos personales. En mayo de 2016, el Consejo de Europa promulgó el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) que entró en vigencia el 25 de

8 Derechos Digitales y APC, "Requisitos mínimos para la Ley de Protección de Datos Personales de Ecuador Asociación para el Progreso de las Comunicaciones", *Access Now*, 29 de mayo de 2020. https://www.apc.org/es/pubs/requisitos-minimos-para-la-ley-de-proteccion-de-datos-personales-de-ecuador.

mayo de 2018.[9] El objetivo principal es el fortalecimiento de la normativa de protección de datos y actualización de las antiguas directrices europeas que no hacían un frente directo a los nuevos desafíos tecnológicos.[10] El RGPD ha creado un nuevo estándar, por lo que se le considera como un punto de referencia para que en otras legislaciones se empiecen a desarrollar normas específicas de protección de datos. En Latinoamérica, Brasil decidió elevar el estándar de protección de datos para cumplir con los parámetros del RGPD, y Chile está debatiendo un proyecto de ley para adecuarse al RGPD.[11]

Existen incentivos económicos para que los Estados incorporen en su legislación un marco adecuado de protección de datos.[12] Por ejemplo, contar con un sistema óptimo de protección, abre el mercado para inversiones internacionales y actividades empresariales que implican la transferencia de datos personales, lo que podría generar un espacio más competitivo para las TIC.[13] Un cuerpo normativo integral y moderno de protección de datos, promueve "la confianza y la certeza jurídica en el uso de datos como base de la economía y la innovación en la sociedad de la información",[14] permitiendo así la integración tecnológica y desarrollo económico. Igualmente, hay una reducción de costos en abogados y litigios, ya que al establecer un estándar internacional no se debe incurrir en asesoría legal para consultar la regulación de cada país y se evita posibles sanciones.

Ecuador es una excepción a este nuevo fenómeno normativo que se vive a nivel internacional, aunque se debe recalcar que el ordenamiento jurídico reconoce y protege al derecho a la protección de datos. Este derecho se lo reconoce como un derecho constitucional, en el artículo 66 numeral 19 de la Constitución,[15] como uno de los derechos de libertad. Según lo prescito en la norma mencionada, este derecho incluye el acceso, la decisión sobre la información y protección de datos de carácter personal. Para el tratamiento necesariamente se requiere del consentimiento del titular o de un mandato legal,[16] siendo este la regla general para legitimar cualquier tratamiento que otorgue a los datos obtenidos.

9 Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 [RGPD], Unión Europea: Parlamento y Consejo Europeo, 27 de abril de 2016.

10 Ana Isabel Herrán Ortiz, "Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de Protección de Datos personales a debate", *REDS 8*, (enero 2016): 180–182, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140105.

11 Paulina Bojalil y Carlos Vela Treviño, "Despuntan las reformas en materia de protección de datos en América Latina", *Abierto al Público*, 12 de febrero de 2019. https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/proteccion-de-datos-gdpr-america-latina/.

12 Ibid.

13 Antonio Troncoso Reigada, "El desarrollo de la protección de datos personales en Iberoamérica desde una perspectiva comparada y el reequilibro en los modelos de protección de datos a nivel Internacional", *Revista Internacional de Protección de Datos Personales 1* (Julio 2012): 30-31, *https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Antonio-troncoso_FINAL.pdf*.

14 Derechos Digitales y APC, "Requisitos mínimos".

15 Artículo 66 numeral 19, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

16 Id., Artículo 92.

A primera vista, el reconocimiento como un derecho constitucional genera seguridad, pero el desarrollo legal de estas protecciones es insuficiente. Existen distintas razones por las cuales se puede asegurar esto. Primero, no hay una definición del concepto de datos personales en la Constitución y demás normas jurídicas. Segundo, los mecanismos que se han implementado para proteger este derecho resultan ineficientes.

Para Lorena Naranjo, directora de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante DINARDAP), por el momento, el *habeas data* es el mecanismo adecuado para proteger el derecho a la protección de datos personales.[17] La Corte Constitucional manifiesta que:

> [Es] un mecanismo de satisfacción urgente para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos, y advertirse sobre su finalidad, sea que dicha información conste en el registro o banco de datos público o privado.[18]

La finalidad de esta garantía es la protección del derecho a la intimidad del titular, ya que no toda la información relativa a este tiene el carácter de pública y por tanto no puede ser divulgada libremente.[19] Otra sentencia importante de la Corte Constitucional es el precedente jurisprudencial obligatorio 001-14-PJO-C. Se reconoce al *habeas data* como un mecanismo de garantía del derecho a la protección de datos personales y aparte desarrolla el concepto de autodeterminación informativa que es la verdadera expresión de este derecho.[20]

A pesar de la intención del legislador y la interpretación que ha dado la Corte Constitucional, en la práctica se presentan dificultades. Partiendo del hecho de que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) no establece un momento oportuno para plantear esta acción. Para poder plantearla se hace alusión a la espera de un plazo razonable, lo que no resuelve esta problemática relativa al tiempo.

El artículo 51 de la LOGJCC, al referirse a la legitimación activa, faculta a personas jurídicas para presentar esta acción.[21] De esta manera, se desnaturaliza el objetivo de la acción, pues son ellas quienes pueden vulnerar los derechos de personas naturales por el mal manejo de datos. Por último, dada la naturaleza de la acción, esta es una medida *ex post*, a la cual acude el ciuda-

17 Ver, Naranjo, Lorena. "Habeas Data es la acción jurídica para proteger los datos personales hasta tener una legislación", Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, 7 de octubre de 2020. https://www.dinardap.gob.ec/habeas-data-es-la-accion-juridica-para-proteger-los-datos-personales-hasta-tener-una-legislacion/.

18 Sentencia 025-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de febrero de 2015, pág. 11.

19 Sentencia 182-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 3 de junio de 2015, pág. 15.

20 Sentencia 001-14-PJO-C, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de abril de 2015, párr. 27-30.

21 Artículo 51, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

dano únicamente "cuando se da un uso de información personal que viole un derecho constitucional".[22]

Por otra parte, en otros cuerpos normativos se trata el derecho a la protección de datos como la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos y el Código Orgánico Integral Penal. Estas normas hacen una breve referencia a la protección de datos personales; sin embargo, no especifican cómo tratarlo y protegerlo. Además, no hay una autoridad competente en materia de protección de datos. Si se establecen normas jurídicas que traten la protección de datos personales, es necesario crear un órgano público independiente cuya función sea la supervisión del cumplimiento efectivo de los derechos del titular.[23]

El propósito de una ley específica de protección de datos es desarrollar con mayor profundidad esta materia. Se deben definir: conceptos generales, principios, derechos, deberes, mecanismo de protección y sanciones. Por eso, la Constitución, los distintos cuerpos normativos que contemplan este derecho y el *habeas data*, resultan insuficientes en el auxilio del derecho a la protección de datos personales.

2.2. Importancia del consentimiento y finalidad en la protección de datos personales

En la actualidad una persona puede firmar en un año muchos más contratos que sus abuelos a lo largo de su vida.[24] El problema principal en la mayoría de los casos se debe a que el titular no conoce ni autoriza la recolección y tratamiento de sus datos personales. En el supuesto de consentirlo, no siempre conoce la finalidad del tratamiento de sus datos o si se los utiliza para fines distintos a los de su recolección. Dada la facilidad de acceso a internet y el desarrollo de nuevas tecnologías, vulnerar el derecho a la protección de datos personales de las personas resulta fácil. Hay un sinnúmero de casos donde se da un uso no autorizado de datos personales o inadecuado manejo de estos.

Para entender la gravedad de esto se expondrán tres casos icónicos, actuales y controvertidos. Son un reflejo del problema principal: el titular no ha consentido el tratamiento de sus datos personales; o, la aceptación al manejo de datos se ha extrapolado a finalidades distintas y ulteriores a la consensuada.

22 Id., Artículo 50.

23 Luis Enríquez Álvarez, "Paradigmas de la protección de Datos Personales en Ecuador. Análisis del Proyecto de Ley Orgánica de Protección a los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales", *Foro 27* (Febrero 2018): 46, https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/500.

24 Iñigo de la Maza Gazmuri y Rodrigo Momberg Uribe, "Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web", *Revista Chilena De Derecho y Tecnología* 6 (diciembre 2017): 26, http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2017.46226.

El primer caso se relaciona con la compañía Facebook. La Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos multó a Facebook con $5.000 millones de dólares por irregularidades en su sistema de privacidad.[25] Este escándalo se dio a conocer por la actividad de *Cambridge Analytica* que fue una empresa dedicada al análisis de datos políticos. En el año 2014 esta empresa tuvo acceso a los perfiles de Facebook a través de una aplicación llamada *This Is Your Digital Life*, donde los usuarios al descargarla autorizaban a la empresa a acceder a su información personal.[26] Con esta, tenía como objetivo influenciar a los usuarios en sus decisiones políticas proporcionando determinada información de acuerdo con el perfil levantado.

De este modo y por las políticas de Facebook, la aplicación podía acceder a los datos personales de usuarios que consintieron su tratamiento de forma directa y a los de su círculo de amigos de forma indirecta. Alrededor de 270.000 usuarios consintieron compartir sus datos y, por ende, se manejó indebidamente la información de más de 85 millones de usuarios.[27] En este caso, se extrapoló el consentimiento del titular y la finalidad para la cual fueron recabados los datos personales.

El segundo caso trata sobre la multinacional Google que fue multada por la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades, de Francia, con una sanción de $50 millones de euros. La investigación nace de reclamos colectivos por parte de *La Quadreature du Net* y *None of Your Business*. Ambas asociaciones mencionaron que el buscador de Google no contaba con una base legal apta para procesar datos personales de los usuarios del servicio, sobre todo en temas publicitarios.[28] Este reclamo procedió por la falta de información proporcionada y falta de consentimiento del titular para que se personalice publicidad de acuerdo con su perfil. En este caso, la aceptación del titular no es específica, ya que se encamina al usuario a dar su consenso en bloque para todos los fines que quiera dar la empresa y no se limita una finalidad clara.

Por último, la compañía de telecomunicaciones TIM fue multada por la Agencia de Protección de Datos italiana por un valor de $27.8 millones de euros. Luego del caso de Google, esta sería la segunda sanción más alta en Europa en aplicación del RGPD.[29] Esta investigación inicia ya que distintos usuarios y

25 "La multa récord de US$5.000 millones que deberá pagar Facebook en EE. UU", *BBC News Mundo*, 24 de julio de 2019. https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124.

26 Carole Cadwalladr y Emma Graham-Harrison, "Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach", *The Guardian*, 17 de marzo de 2018. https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election.

27 Amnistía Internacional, "Gigantes de la vigilancia: La amenaza que el modelo de negocios de Google y Facebook representa para los Derechos Humanos", *Amnistía Internacional*, 5 de diciembre de 2019, 15 de septiembre de 2020. https://www.amnesty.org/download/Documents/POL3014042019SPANISH.PDF.

28 Europa Press, "Francia multa con 50 millones a Google por infringir las normas de protección de datos", *La Vanguardia*, 21 de enero de 2019. https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190121/454234917044/francia-multa-google-50-millones-infringir-proteccion-datos.html.

29 Gonzalo Sánchez.Jara, "Italia impone la segunda multa más alta en Europa por infracción del RGPD: 27,8 millones de euros", *Noticias RGPD*, 19 de febrero de 2020. https://rgpdblog.com/italia-impone-la-segunda-multa-mas-alta-en-europa-

prospectos de la operadora presentaron quejas ante la autoridad entre el 2018 y 2019 por un manejo agresivo e ilegítimo de la estrategia de marketing de la empresa.[30] A lo largo de la investigación se descubrieron varias infracciones, no se mencionarán todas.

Durante el período 2018-2019, TIM y sus agentes comerciales realizaron campañas de telemarketing a 13 millones de clientes y potenciales clientes, sin su consentimiento.[31] Incluso, un solo individuo en un mes llegó a recibir más de 150 llamadas por parte de las operadoras. También existía una indebida gestión de las listas de exclusión de personas que se opusieron a dichas llamadas. A su vez, manejaban formularios de recopilación de datos personales donde se solicitaba un único consentimiento, pero para diversas finalidades.[32]

De estos tres casos se pueden sacar dos conclusiones principales. La primera y la lógica, tanto titulares de datos personales como empresas no han interiorizado la importancia de ambos principios, lo que se traduce en desconocimiento e incumplimiento de la norma. La segunda y menos viable, los estándares de protección de datos respecto del consentimiento y finalidad, no son lo suficientemente claros. Por eso, la intención en esta sección es demostrar la importancia de estos principios y describir cuál es el estándar de protección que se busca otorgar a los mismos.

La doctrina[33] y jurisprudencia[34] reconocen el derecho a la protección de datos como un derecho fundamentado en la autodeterminación informativa. Es la facultad de una persona para elegir y tomar decisiones respecto de sus datos personales. El titular de datos debe buscar aquella línea de equilibrio entre mantener un ámbito íntimo y uno privado de aquellos datos que deben ser conocidos públicamente.[35] Con base en esto, Troncoso asegura que el consentimiento del titular es un pilar esencial del contenido de este derecho.[36]

Existen casos en los que el tratamiento de datos va mas allá del propósito de su recolección y el titular no lo ha consentido. Debe existir una relación directa entre los datos personales recogidos y la finalidad de su obtención, por

por-infraccion-del-rgpd-278-millones-de-euros/.

30 Medida correctiva y sancionadora contra TIM S.p.A 9256486, Garante de la Protección de Datos Italiano, 15 de enero de 2020, pág. 28.

31 Id., pág. 1.

32 Id., pág. 2-13.

33 Jed Rubenfeld, "The right of Privacy". *Harvard Law Review*. Vol. 4 (Febrero 1989): 750-751,

https://doi.org/10.2307/1341305..

34 Sentencia 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, Tribunal Federal Alemán, Primera Sala, 15 de diciembre de 1983, párr. 106, 144-146.

35 Liliana Minardi Paesani, *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil* (São Paulo: Atlas, 2014), 28.

36 Antonio Troncoso Reigada, *La Protección de Datos Personales. En búsqueda del* equilibrio, (Madrid: Tirant Lo Blanch, 2011), 461.

lo que la finalidad es un segundo pilar del contenido esencial de este derecho, mediante el cual se limita el manejo de datos.[37]

Esta materia se encuentra delimitada por distintos principios rectores, entre ellos el consentimiento y la finalidad que deben ser observados por todo aquel que dé tratamiento a datos personales.[38] El consentimiento es la facultad del titular para decidir acerca de sus datos.[39] Mientras que la finalidad del tratamiento de datos exige un propósito determinado, explícito y legítimo.[40] Así, la clara determinación y correcta regulación de ambos principios es esencial para tener un modelo normativo que haga efectivo el ejercicio de este derecho.[41]

Tomando como referencia todo lo expuesto anteriormente, es necesario definir los estándares de protección y explicar por qué están construidos de dicha manera, ya que a través del cumplimiento de estos se garantiza un ejercicio pleno del derecho de autodeterminación. Un estándar es una serie de requisitos que funcionan como una herramienta para dar tratamiento a los datos personales.[42] En el derecho de protección de datos, estos son requisitos mínimos, pero indispensables. Omitir uno de estos evidentemente vulneraría el derecho fundamental a la protección de datos personales. El Tribunal Constitucional de España afirma que "ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin". [43]

El consentimiento es la manifestación de la voluntad, constituye ciertamente la forma ideal de exteriorizarla. En el derecho a la protección de datos personales se traduce en la aceptación o rechazo del titular al tratamiento de sus datos personales.[44] Distintos autores como Garriga[45], Rebollo y Serrano[46], Troncoso[47], aseguran que el consentimiento debe cumplir con ciertas características. Estas responden al estándar de consentimiento que debe ser libre, específico, inequívoco e informado.

37 Garriga, *Nuevos Retos*, 97.
38 Troncoso, *En búsqueda del equilibrio*, 394.
39 Paloma de Barrón Arniches, "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos Europeos de Deusto* (octubre 2019): 55-57, https://doi.org/10.18543/ced-61-2019pp29-65.
40 Lucrecio Rebollo Delgado y María Mercedes Serrano Pérez, *Introducción a la Protección de Datos* (Madrid: Dykinson, 2008), 144.
41 Francisco Javier Puyol Montero, "Los Principios del Derecho a la Protección de Datos", en *Reglamento general de protección de datos*, ed. José Luis Piñar Mañas (Madrid: Editorial Reus, 2017), 135-136.
42 Adrián Palma Ortigosa, "Contexto normativo de la protección de datos personales", en: *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, ed. Juan Pablo Murga Fernández et al. (Madrid: Editorial Reus, 2018), 22.
43 Sentencia 292/2000, Tribunal Constitucional Español, 30 de noviembre de 2000, pág. 21.
44 Catalina Frigeiro Dattwyler, "Mecanismos de regulación de datos personales: una mirada desde el análisis económico del derecho", *Revista Chilena De Derecho y Tecnología* 7 (diciembre 2018): 64, http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.50578.
45 Garriga, *Nuevos Retos*, 185.
46 Rebollo y Serrano, *Introducción a la protección de datos*, 126-128.
47 Troncoso, *En búsqueda del* equilibrio, 391.

Primer requisito: consentimiento libre. El titular de datos debe proporcionar su consentimiento de manera voluntaria, no puede obtenerse coactivamente.[48] Segundo elemento: consentimiento específico. La aceptación del tratamiento de datos por parte del titular debe estar encaminada a una finalidad concreta. Tercer requisito: consentimiento informado. El titular debe ser "consciente y entender los hechos y las implicaciones que se derivan de su prestación, lo que relaciona directamente con la noción de control y autodeterminación".[49] Cuarto requisito: consentimiento inequívoco. No cabe duda alguna sobre la voluntad del titular de aceptar el tratamiento de datos personales.

Aparte del consentimiento del titular, la legitimidad del tratamiento de datos personales también puede ser otorgada por mandato legal, ejecución de un contrato y orden de autoridad competente. Pese a existir distintas formas de legitimar el tratamiento de datos personales, el consentimiento es la regla general y un pilar fundamental, el cual será analizado a lo largo del presente trabajo.

Partiendo del hecho de que existen distintas maneras para que el tratamiento sea legítimo, estas deben estar encaminadas a un propósito. Es aquí donde radica la importancia del principio de finalidad. Este se exterioriza como una garantía fundamental mediante la cual se presenta a los titulares de los datos personales la posibilidad de controlar el manejo de estos. Para Garriga, este principio ofrece una respuesta "precisa y concreta a la cuestión de para qué van a ser utilizados, impidiendo además usos diferentes o incompatibles con el consentido".[50] De conformidad con Troncoso[51], el estándar de protección otorgado a este principio es que sea una finalidad: legítima, determinada y explícita. La razón de este es introducir un criterio de proporcionalidad y racionalidad antes de dar tratamiento a los datos personales que se van a recabar.[52]

Una finalidad legítima es la causa de justificación del tratamiento de datos personales, la cual se debe ajustar a los preceptos establecidos en cada ordenamiento jurídico. Incluso si el manejo de datos es el correspondiente a la finalidad, si este no es concordante con lo prescrito en el ordenamiento jurídico, no es legítimo. También es necesario que la finalidad sea determinada, es decir que no se podría establecer finalidades generales, vagas o inconcretas. Último elemento, finalidad explícita. Se debe proporcionar toda la información al titular de datos, ya que con esta podrá tener control de la información y prestar su consentimiento. Este estándar debe ser analizado a la par con el principio

48 Garriga, *Nuevos Retos*, 187.

49 Carlos Trujillo Cabrera, "Las bases de legitimación del tratamiento de datos personales. En especial, el consentimiento" en: *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, ed. Juan Pablo Murga Fernández (Madrid: Editorial Reus, 2018), 57.

50 Garriga, *Nuevos Retos,* 97.

51 Troncoso, *En búsqueda del* equilibrio, 395-398.

52 Santiago Milans del Bosch y Hugo Jordán de Urríes, "La incidencia de la protección de datos personales en la actuación de la Administración local", *Fundación Democracia y Gobierno Local* (octubre 2004): 107-109, http://hdl.handle.net/10873/160..

de minimización de datos, que establece que estos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a la finalidad.

3. Derecho comparado: análisis del consentimiento y finalidad

La protección de datos personales atraviesa una metamorfosis normativa a nivel mundial. Son dos modelos de protección por los que se puede optar al momento de incorporar estos cambios legislativos: europeo y estadounidense. Son experiencias internacionales importantes y la manera en que protegen este derecho fundamental es distinta. En el modelo europeo la protección de datos personales se encuentra debidamente regulada. Existe una autoridad de inspección y de sanción. En cambio, en el modelo estadounidense, la autorregulación o regulación mínima es el principal componente. No hay una autoridad estatal que se encargue de velar por este derecho fundamental. Los titulares deberán acudir a la instancia judicial para solicitar determinar la responsabilidad de la empresa por su actuar y solicitar una indemnización.

El cuerpo normativo por analizar en el marco europeo es el RGPD. Mientras que en Estados Unidos se tomará como referencia el *California Consumer Privacy Act* (en adelante CCPA). Es importante analizar ambos cuerpos normativos porque son los más actualizados en materia de protección de datos personales. En esta sección se analizará cuáles son los estándares de protección del consentimiento y finalidad en ambos sistemas.

3.1. Unión Europea: Reglamento General de Protección de Datos

Whitman explica que en el modelo europeo la protección de datos es la manera en la que se garantiza el derecho a ser respetado y protege la dignidad de la persona.[53] El objetivo del RGPD, es garantizar un nivel adecuado y coherente de protección de datos de personas físicas en toda la Unión Europea.[54] En el RGPD, el consentimiento juega un rol importante, pues cambia el sistema de registro y tratamiento de datos en todos los servicios.[55] El consentimiento es el leal ejercicio de la autodeterminación informativa, esta es la razón de ser de este modelo normativo.[56] Por otro lado, se introduce un nuevo estándar de finali-

53 James Q. Whitman, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty", *Yale Law Review* 113 (diciembre 2003): 11-15, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.476041.

54 Herrán, "Aproximación", 180-182.

55 Natalia Martos, "Principios (Arts.6-11)", en *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, ed. José López Calvo (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 349.

56 Sentencia 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, párr. 144-146.

dad, asegurando que los datos recabados sean determinados, explícitos, legítimos.[57] A continuación, se desarrollarán los estándares de protección de datos.

3.1.1. Consentimiento

El RGPD establece seis mecanismos para legitimar el tratamiento de datos personales. Según lo prescrito en el artículo 6 son: 1) consentimiento del titular; 2) el titular es parte de una relación contractual en la que se necesita procesar sus datos personales; 3) una obligación legal que exige al responsable el tratamiento de datos; 4) una necesidad de protección de los intereses vitales del titular u otras personas; 5) interés público o ejercicio de poderes públicos; y 6) satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o terceros. Según Trujillo, de estos seis presupuestos, el consentimiento es la regla general al momento de tratar datos personales.[58]

Para que un consentimiento sea válido, en primer lugar, el titular de datos debe tener la capacidad jurídica establecida en materia civil, caso contrario desde un inicio el consentimiento tendrá un vicio de invalidez.[59] Es necesario establecer el estándar de protección de datos que el RGPD busca dar a este principio en el artículo 4 numeral 11. La manifestación de voluntad del titular debe tener cuatro criterios indispensables: libre, específica, informada e inequívoca.[60]

Primer elemento: consentimiento libre. Es la decisión encaminada del titular a buscar un objetivo específico y permitir el tratamiento de sus datos personales. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 menciona que “el interesado puede elegir una opción real y no hay ningún riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas significativas en caso de que no consienta”.[61] De lo mencionado, hay dos situaciones en las que la libertad del consentimiento puede verse comprometida.

Primero, cuando se trata de vicios del consentimiento. Estos responden a error, fuerza o dolo.[62] Segundo, ciertos casos en los que el consentimiento libre puede verse en juicio de duda, sobre todo en situaciones donde el titular se encuentra en subordinación. Este desequilibrio en la relación, responsable del tratamiento y titular, puede ser de carácter económico o de cualquier

57 Joaquín Muñoz Ontier, “Disposiciones Generales (Arts.1-5)”, en *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, ed. José López Calvo (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 360-363.

58 Trujillo, “Las bases de legitimación”, 52.

59 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019), 130.

60 Artículo 4 numeral 11, RGPD.

61 Resolución 15/2011, Grupo de Trabajo del Artículo 29 [sobre la definición de consentimiento para percatarse de lo manifestado], 13 de julio de 2011.

62 Agencia de los Derechos Fundamentales, *Manual de legislación europea*, 130.

otra índole, por ejemplo, en temas laborales. En estos casos únicamente hay un verdadero consentimiento libre cuando se trata de circunstancias excepcionales, donde la acepción o rechazo no tengan consecuencias contra ellos.[63]

Según el considerando 43, tampoco podrá ser libre si el titular no tiene la opción de revocar su consentimiento o en caso de hacerlo, sufra una consecuencia negativa.[64] *Ergo* si este requisito se encuentra sujeto a condiciones, existe coerción de por medio, no se goza de una libre elección o la cancelación del consentimiento acarrea perjuicio alguno, se entenderá que el consentimiento no es libre.[65]

Segundo: consentimiento específico. Se cumple cuando se solicita una autorización para una o varias finalidades concretas y específicas.[66] Según lo prescrito en el artículo 7 numeral 2, para que se hable de un consentimiento específico este tendrá que ser inteligible.[67] Es decir, el titular debe determinar qué datos personales serán objeto de tratamiento, cómo se llevará a cabo este manejo y para qué fines estarán destinados. Esta característica se correlaciona directamente con el principio de finalidad. No se podrá consentir para finalidades generales, indeterminadas o ilegítimas.[68]

Tercer elemento: consentimiento informado. Se cumple cuando el titular cuenta con información suficiente sobre el tratamiento de datos, previo a tomar su decisión.[69] Esta condición asegura el control de la situación, que el titular esté consciente y comprenda las implicaciones que conlleva aceptar el tratamiento. La información otorgada al titular debe cumplir con los requisitos de los principios de transparencia y calidad de datos.

Los artículos 13 y 14 establecen la información que debe ser facilitada al titular.[70] Debe ser fácil de comprender y precisa, redactada en un lenguaje claro y sencillo, sin tecnicismos.[71] El titular debe conocer como mínimo cuál es la finalidad del tratamiento de sus datos personales y quién es el responsable de este. Incluso, se deben informar las consecuencias que pueden derivar por no consentir el tratamiento de datos personales. Si la información no cuenta con estas características y no brinda al titular el control de la situación, no se cumplirá este requisito.

63 Dictamen 2/2017, Grupo de Trabajo del Artículo 29 [sobre el tratamiento de datos personales en el trabajo], 8 de junio de 2017.
64 Considerando 42, RGPD.
65 Id., Considerando 42.
66 Id., Artículo 6 numeral 1.
67 Id., Artículo 7 numeral 2.
68 Id., Artículo 5 numeral 1 literal b.
69 Id., Artículo 7 numeral 3.
70 Id., Artículo 13 y 14.
71 Resolución 15/2011, pág. 19.

Cuarto requisito: consentimiento inequívoco. Se cumple cuando no se desprende duda sobre la intensión del titular al momento de consentir el tratamiento de sus datos personales y que el consentimiento ha sido emitido por el verdadero titular de datos. Se busca certeza total. El artículo 7 numeral 1 prescribe que la prueba del consentimiento es un elemento clave y necesario para demostrar la validez de este.[72] Solo así el responsable puede declarar que el titular brindó su consentimiento.

El nuevo elemento que el RGPD introduce a este requisito, es la prestación del consentimiento a través de una acción clara afirmativa o una declaración. Debe haber una conducta activa por parte del titular. De esta manera, se eliminaría cualquier interpretación arbitraria. Como se puede observar, este estándar busca reforzar el objetivo general del RGPD, la protección jurídica de las personas y el desarrollo de la autodeterminación informativa.

3.1.2. Finalidad

El artículo 4 numeral 3 señala que debe existir una limitación al tratamiento de datos.[73] Esta es una garantía jurídica mediante la que se asegura al titular un adecuado manejo de sus datos personales. La manera en la que se limita el tratamiento de datos en el RGPD es a través del principio de finalidad. Por eso, en el artículo 5 numeral 1 literal b se ha establecido un estándar para que se considere un procesamiento de datos legítimo. Este prescribe lo siguiente: "los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos".[74] Se desprenden tres elementos importantes a tomar en consideración: fin determinado, explícito y legítimo.

Para que la finalidad sea válida debe ser legítima. Esto se cumple cuando el tratamiento está amparado por ordenamiento jurídico. Una finalidad que no se apegue a lo contemplado en la norma será ilegítima. El segundo requisito establece un fin determinado. Lo que busca este mecanismo es que el responsable del tratamiento de datos determine un propósito que debe ser específico y concreto. No se aceptarán finalidades genéricas y amplias. Según el considerando 39 del RGPD, dicha finalidad procede al momento de recopilar los datos personales del titular.[75] Esto se concatena con el deber de información y con el consentimiento informado, en el sentido en que se facilita la información específica por la que se están recolectando sus datos.

Último requisito: finalidad explícita. Se cumple cuando el responsable del tratamiento de datos a través del fichero presenta información en lenguaje

72 Id., Artículo 7 numeral 1.
73 Id.
74 Id., Artículo 5 numeral 1 literal b.
75 Id., Considerando 39.

claro, sencillo y libre de tecnicismos. Existe una relación con el consentimiento inequívoco del titular, pues no le quedaría duda alguna sobre el motivo principal del tratamiento de datos.

Este principio debe analizarse junto con el principio de minimización de datos. De acuerdo con lo prescrito en el artículo 5 numeral 1 literal c, los datos personales deben ser "adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados".[76] Instaurando mayor rigurosidad en el tratamiento de datos, no solo se necesitará que se cumplan los tres elementos del estándar, sino que estos sean pertinentes, limitados y adecuados.

Otro elemento contenido en el artículo 5 numeral 1 literal b para que la finalidad sea válida, es que los datos recogidos no podrán ser "tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines".[77] En ciertas ocasiones, a los datos personales se les puede dar otra finalidad adicional a la inicial, siempre que sea compatible con la inicial.[78] Significa que se admite el uso de datos personales para ciertos casos que surgen con posterioridad, cuando tenga una finalidad compatible.[79]

Cuando se pretenda dar un fin adicional y diferente, y este no se rige al estándar de compatibilidad, se debe otorgar un nuevo consentimiento que debe cumplir todos los requisitos mencionados anteriormente. No se puede extender la aceptación del titular para finalidades ulteriores, bajo la premisa de que en un inició consintió el tratamiento para una finalidad legítima al operador. Cada nueva finalidad, necesariamente, deberá tener una aceptación propia.

Ahora, ¿cómo se analiza el estándar de compatibilidad? El responsable del tratamiento de datos, para dar un tratamiento adecuado y legítimo tiene que realizar un análisis fáctico-jurídico. Según el considerando 50[80] y lo prescrito en el artículo 6 numeral 4 del RGPD,[81] son cinco factores a tomar en consideración: 1) la existencia de una relación entre el fin inicial con el fin ulterior; 2) análisis del contexto por el cual fueron recogidos los datos personales con relación al titular y su relación al responsable sobre el nuevo consentimiento; 3) determinar la naturaleza de los datos personales; 4) establecer las consecuencias jurídicas que acarraría al titular el tratamiento posterior; y 5) identificar la existencia de las debidas garantías en el tratamiento de ambas finalidades.

El RGPD establece una serie de requisitos que deben ser observados con cautela para que no se vulnere de ninguna manera el derecho fundamental a la protección de datos. El mecanismo principal es el estándar que debe mante-

76 Id., Artículo 5 numeral 1 literal c.
77 Id., Artículo 5 numeral 1 literal b.
78 Id., Artículo 5.
79 Agencia de los Derechos Fundamentales, *Manual de legislación europea*, 140.
80 Considerando 50, RGPD.
81 Id., Artículo 6 numeral 4.

ner el responsable del tratamiento, mismo que debe ir en consonancia con el principio de minimización del tratamiento. Por último, se añade un estándar de compatibilidad que debe ser tomado en cuenta al momento de dar una finalidad ulterior.

3.2. Estados Unidos: *California Consumer Privacy Act*

En este modelo se promueve, como pilar principal, el valor de la libertad personal frente a cualquier intervención Estatal.[82] Dado que la santidad de los hogares se ve amenazada por la administración, la autorregulación es una alternativa ágil y efectiva para la protección de derechos personales cuando la administración y la normativa resultan ineficientes en situaciones de complejidad técnica.[83]

Pese a este marcado modelo, se analizará la nueva ley de protección al consumidor de California, que presenta cambios disruptivos en este sistema. En el Estado de California se aprobó la CCPA en mayo de 2018, y entró en vigencia en enero de 2020. Respecto de esta, en primer lugar, se debe tomar en cuenta que es una ley con aplicación territorial restringida, únicamente para residentes del Estado de California. En segundo lugar, la aplicación material también es restringida, pues únicamente se protege a los residentes consumidores, no solo se limita personas físicas también incluye a personas jurídicas. En tercer lugar, aunque esta ley abarca a todo operador económico que trate datos personales de residentes en California, no todos pueden ser sancionados por la CCPA. Dependerá de ciertos criterios económicos establecidos en la ley, por lo que, por ejemplo, una compañía cuya utilidad no cumpla con el mínimo establecido, no está sujeta a esta regulación. Pese a estos obstáculos, esta ley es revolucionaria en este sistema al incorporar ciertos elementos del RGPD.[84]

El objetivo que persigue la CCPA es otorgar un control más efectivo al consumidor sobre sus datos personales que los operadores económicos recolectan. Nacen cuatro derechos que en el sistema estadounidense no se reconocían en materia de protección de datos personales.[85] Derecho del consumidor a conocer toda la información personal que se recopile sobre él. Derecho a conocer cómo es el tratamiento de sus datos personales. Derecho a suprimir información personal recolectada por las empresas. En caso de que un operador económico desee vender información del consumidor, nace el derecho a optar por no participar en esta transacción. El último derecho recogido es el derecho a la no discriminación por parte de empresas.

82 Piñar, "¿Existe privacidad?", 19.
83 Troncoso, "El desarrollo de la protección de datos", 36.
84 Laura Jehl y Alan Friel, "CCPA and GDPR Comparison Chart", s/f, 25 septiembre, 2020. https://www.bakerlaw.com/webfiles/Privacy/2018/Articles/CCPA-GDPR-Chart.pdf.
85 Xavier Becerra, "California Consumer Privacy Act", *Departamento de Justicia del Estado de California*, s/f, 25 septiembre, 2020. https://oag.ca.gov/privacy/ccpa.

3.2.1. Consentimiento

El RGPD opta por un sistema *opt in* donde debe mediar un consentimiento expreso, previo, informado, libre e inequívoco del titular. Por otro lado, en la CCPA la base del consentimiento gira en torno a un sistema *opt out*. Este es un sistema en el que se tratan datos personales del titular sin contar con su autorización, pero este puede optar por dar de baja sus datos personales a través de un sistema de exclusión de tratamiento.

Respecto del consentimiento, todos los negocios están obligados a informar a los consumidores sobre sus políticas de manejo de datos personales. Según la subsección 999.305 (a)(3), el aviso debe ser de fácil acceso y en un lenguaje sencillo para el consumidor.[86] Cuando se han recabado datos personales sin haber publicitado este aviso de exclusión, obligatoriamente, se requiere el consentimiento del consumidor. En el supuesto de dar a los datos recolectados un nuevo uso, en ese caso también se deberá notificar al consumidor para obtener su consentimiento. Ahora, por regla general, todos los datos personales pueden ser sujetos de venta. Sin embargo, existe un aviso de exclusión voluntaria donde el consumidor puede optar por la no venta de sus datos personales. Los datos personales únicamente pueden ser utilizados durante doce meses, período en el que expira el sistema *opt out*.

3.2.2. Finalidad

La CCPA no maneja un principio de finalidad y estándar, únicamente establece ciertas condiciones. Según la subsección 999.308, todo operador económico deberá notificar al consumidor cuál es su finalidad del tratamiento de datos a través de una política de privacidad.[87] Es obligación de la empresa identificar una categoría para cada dato personal recopilado. Se debe mencionar cuáles fueron las fuentes utilizadas para recabar la información, las finalidades comerciales o empresariales para las que se recopilaron los datos y los terceros ajenos a la compañía a los que se comparten estos datos. La falta de un principio rector y un estándar que limite el tratamiento de datos a una finalidad específica podría dar paso a injerencias y vulneraciones a la privacidad de los consumidores.

86 Subsección 999.305 literal a numeral 3, California Consumer Privacy Act [CCPA], Assambley Bill 375, 1 de enero de 2020.

87 Subsección 999.308, CCPA.

4. Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

4.1 Estándar de protección: consentimiento y finalidad

Se debe partir del hecho de que las normas jurídicas responden a realidades sociales. ¿Cuál ha sido el contexto en el Ecuador para que no haya sido una necesidad social crear una norma de protección de datos? Puede que la responsabilidad sea compartida: Estado, empresas y ciudadanos, al no exigir una ley que delimite el ejercicio y regulación de este derecho. Aparte de la falta del desarrollo normativo, la doctrina y jurisprudencia respecto de esta temática es escasa en el país.

A pesar de lo dicho anteriormente, en Ecuador han existido distintos intentos por regular el derecho a la protección de datos personales a través de una ley específica.[88] Parte de la acción estratégica del Eje 6 del Plan Nacional de la Sociedad de la Información y el Conocimiento 2018-2021, es promulgar una ley orgánica de protección de datos personales.[89] El 19 de septiembre de 2019, el presidente Lenín Moreno envió a la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. El objetivo principal del proyecto es regular y proteger el ejercicio del derecho a la protección de datos personales.[90]

Además de la intención del Plan Nacional, la necesidad de contar con un cuerpo normativo nace de varias situaciones alarmantes. En septiembre de 2019, ZDNet dio a conocer que existió una filtración de datos personales, entre los que se encontraba información sensible de la población ecuatoriana.[91] Este no es un caso aislado. Todos los días se vulnera el derecho a la protección de datos personales. Por ejemplo, en tiendas digitales como OLX, Mercado Libre o tiendas físicas, especialmente en la bahía de Guayaquil, se venden bases de datos actualizadas de entidades públicas como el Consejo Nacional Electoral y la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.[92] En la mayoría de los casos, la recopilación y venta de los mencionados datos no es autorizada. La necesidad de contar con un cuerpo legal que mantenga un estándar de protección de datos personales que regule debidamente

88 Ecuador, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad, y Privacidad sobre los Datos Personales, 2016.

89 Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de Información, *Plan de la Sociedad de Información y del Conocimiento* (Quito, 2018), 74.

90 Artículo 1, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, Comisión Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, Calificado por el CAL, 2019.

91 Ver, "La 'grave filtración' informática que expuso los datos personales de casi toda la población de Ecuador", *BBC News Mundo*, 16 de septiembre de 2019. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49721456.

92 Xavier Ramos, "Datos a la venta dan cuenta de que filtraciones no son nuevas en Ecuador", *El Universo,* 22 de septiembre de 2019. https://www.eluniverso.com/noticias/2019/09/21/nota/7527550/datos-venta-dan-cuenta-que-filtraciones-no-son-nuevas.

el consentimiento del titular y la finalidad del tratamiento de datos es urgente. A continuación, se analizará el estándar de protección de datos respecto del principio de consentimiento y finalidad que se propone en el Proyecto de Ley.

4.2. Consentimiento

El consentimiento es uno de los principios generales del derecho de protección de datos recogidos en el artículo 8 del Proyecto de Ley.[93] Su buen entendimiento es vital para garantizar este derecho fundamental.[94] Según el artículo 10, se puede legitimar el manejo de datos de distintas formas. Para efectos del presente trabajo, únicamente se analizará lo prescrito en el artículo 10 numeral 1, el "tratamiento solo será legítimo y lícito si cumple con […] [el] consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales".[95]

El legislador define al consentimiento como aquella "manifestación de voluntad libre, previa, específica, expresa, informada e inequívoca", [96] mediante la cual el titular autoriza al responsable el tratamiento de sus datos personales. Desde este punto, se introduce un estándar de protección que debe contar con seis características para que el consentimiento sea considerado válido.

La primera es la voluntad libre, sin vicios del consentimiento.[97] La pregunta a realizarse es, ¿cuáles son estos vicios del consentimiento? No se plasma una referencia específica en el Proyecto de Ley por lo que podría presumirse la existencia de un posible vacío legal. El Manual de legislación europea en materia de protección de datos menciona que se debe recurrir al Derecho Civil para hablar de consentimiento válido,[98] por lo que, en ese caso, la solución sería remitirse al Código Civil como norma supletoria. Entonces, si se toma como punto de partida la normativa civil en Ecuador, los vicios del consentimiento son los contemplados en el artículo 1467 del Código Civil: error, fuerza y dolo.[99] Esta característica se cumple cuando el consentimiento es libre de vicios del consentimiento en materia civil. Sería interesante si los legisladores, al debatir sobre el Proyecto de Ley, desarrollan un concepto específico desde una perspectiva autónoma de esta área del Derecho.

La segunda es la manifestación de voluntad previa.[100] Esta se verifica cuando el titular ha consentido antes del tratamiento. Caso contrario, si el consenti-

93 Artículo 8, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.
94 Susan Chen Mok, "Privacidad y protección de datos: un análisis de legislación comparada". *Diálogos Revista Electrónica de Historia* 11 (febrero 2010): 116, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/dialogos/article/view/6111/13852.
95 Artículo 8, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.
96 Id., Artículo 5.
97 Id., Artículo 14.
98 Agencia de los Derechos Fundamentales, *Manual de legislación europea,* 130.
99 Artículo 1467, Código Civil, R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.
100 Id., Artículo 14.

miento es ulterior al tratamiento, se estaría frente a un tratamiento ilícito y no autorizado. Aunque el Proyecto de Ley se torna más flexible al establecer que existirán ciertas excepciones "cuando los datos personales no se obtuvieren de forma directa",[101] pueden ser consentidos por el titular con posterioridad.

La tercera es la especificidad del consentimiento. Esta se cumple si el titular tiene una referencia concreta de los medios y fines del tratamiento.[102] No se deduce de la simple lectura del Proyecto, si la voluntad del legislador es establecer el mismo requisito que establece en el RGPD o si se refiere al deber de información del responsable del tratamiento. De igual manera, es uno de los deberes más importantes del responsable del tratamiento, determinar cuáles son los mecanismos de tratamiento y la finalidad de este. Así se asegurará que el titular tenga conocimiento y control de sus datos personales. El consentimiento no puede ser específico si la información no conduce al titular a consentir una sola finalidad.

La especificidad se encuentra directamente relacionada con la cuarta característica: consentimiento informado. Esta se cumple cuando la información proporcionada va de conformidad con el principio de transparencia.[103] Es deber del responsable del tratamiento informar al titular de forma leal y transparente los fines del tratamiento, base legal, tipos de tratamiento, tiempo de conservación de los datos personales, entre otros.[104] Esta información debe ser proporcionada por cualquier medio, redactada en lenguaje claro, sencillo y de fácil comprensión. En caso de que la información no se brinde conforme lo prescribe la norma, se entenderá que el consentimiento no es informado, no cumpliéndose con la cuarta característica.

Las dos últimas características del consentimiento son: una manifestación expresa e inequívoca. A comparación de las dos características presentadas anteriormente, su validez depende totalmente de la manera en cómo el titular da a conocer su aceptación para el tratamiento de sus datos personales. Esto se puede dar a través de una declaración clara y afirmativa o se puede deducir de una acción. Por un lado, al hacer alusión a la manifestación de la voluntad expresa, significa que el responsable del tratamiento de datos personales de manera indubitable podría demostrar la voluntad del titular de consentir el tratamiento.[105] Por otro lado, es inequívoca cuando no queda duda alguna sobre el alcance del consentimiento del titular para que el responsable pueda tratar sus datos. En caso de que exista alguna duda sobre la intención del titular en consentir al tratamiento de sus datos personales, no se podrán cumplir con estas dos características.

101 Id.
102 Id.
103 Id., Artículo 14.
104 Id., Artículo 23.
105 Id., Artículo 14.

El Proyecto de Ley establece seis características, de inexorable cumplimiento, para que se pueda considerar válida la manifestación de la voluntad del titular para que alguien pueda tratar o comunicar sus datos personales. Si no se cumple una de estas características, se estaría hablando de un tratamiento ilegítimo. En caso de que se apruebe el Proyecto de Ley, será interesante analizar cómo las empresas y responsables del tratamiento manejarán e implementarán este estándar, que contiene dos elementos adicionales al RGPD.

4.3. Finalidad

A diferencia del principio del consentimiento del titular, el cumplimiento de este principio recae en su totalidad sobre el responsable del tratamiento de datos. Según lo prescrito en el artículo 11 del Proyecto de Ley, la finalidad del tratamiento de datos personales deberá ser: determinada, explícita y legítima. Además, el responsable del tratamiento no podrá dar un fin distinto al manifestado inicialmente. Aunque se prevé que, en ciertas ocasiones, se pueda dar una finalidad distinta a la inicial, siempre y cuando este nuevo tratamiento sea conforme con el principio de legitimidad.[106]

Para que una finalidad sea válida se deben cumplir estas tres características. Por un lado, se entiende por determinado que el responsable del tratamiento de datos especifique en el fichero de datos la finalidad y los mecanismos de tratamiento. En caso de que la información contenida en el fichero no esté encaminada a una única finalidad, no sería válida. Por otro lado, es explícita cuando se ha informado al titular sobre toda la información concerniente al tratamiento de sus datos. Sin embargo, en caso de que no se ponga a su disposición toda la información, su consentimiento podría carecer de información y especificidad, viciando el consentimiento y dando como resultado un tratamiento ilegítimo. Por último, se entiende por legítima cuando la finalidad del tratamiento de datos se adecúa a lo prescrito en el ordenamiento jurídico. Si no se cumplen las condiciones requeridas en la normativa, se hablaría de una finalidad ilegítima.

Al principio de finalidad se lo debe analizar junto con los principios de juridicidad, lealtad y transparencia, pertinencia y minimización de datos. De conformidad con lo que manifiesta el principio de juridicidad, lealtad y transparencia recogidos en el artículo 9 del Proyecto de Ley, los datos personales no pueden ser tratados, bajo ninguna circunstancia, para fines y con medios ilícitos o desleales. Del mismo modo, el artículo 12 prescribe que los datos personales deben ser pertinentes y limitados a lo mínimo necesario para la finalidad de obtención.[107] La aplicación concordante y sincronizada de estos

106 Id., Artículo 11.
107 Id., Artículo 12.

principios se presenta como una preocupación fundamental. El responsable no podrá procesar los datos para una finalidad diferente o que sea incompatible con el estándar. Además, es su deber controlar que los datos personales sean adecuados, pertinentes, actualizados y no excesivos con relación a la intención de obtención y tratamiento de datos.

El proyecto de ley reconoce a la finalidad del tratamiento de datos personales como un principio rector. En primer lugar, en el artículo 8, se establecen los principios que regirán la normativa.[108] En segundo lugar, en el artículo 11, se define el principio, sus características y condiciones para que este sea válido.[109] El objetivo principal de este principio y el estándar que se busca mantener tienen una función informadora e integradora.[110] Respecto de la función informadora, es obligación del responsable especificar en el fichero de datos toda la información pertinente y adecuada para el tratamiento de datos. A su vez, la función integradora busca que este derecho se convierta en un sistema hermético en su aplicación armónica con los principios mencionados anteriormente.

4.4. Críticas y propuestas al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

Previamente, se analizó cómo se tratan los datos personales en dos sistemas normativos y cómo lo pretende abordar el Proyecto de Ley. En esta sección se hará una comparación de los estándares que proponen los tres cuerpos normativos para determinar cuál es el que se pretende incorporar en nuestro ordenamiento jurídico y qué tan eficiente podría llegar a ser. Por último, se hará un breve análisis con críticas y propuestas al cuerpo normativo en estudio.

Sobre el primer punto, el RGPD ha desarrollado un estándar de protección alto. El consentimiento del titular es la piedra fundamental para legitimar el tratamiento de datos, pese a existir otros mecanismos de legitimación. El cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos personales debe cumplirse estrictamente, caso contrario se hablaría de un tratamiento ilegítimo o no autorizado. Existe una autoridad de protección de datos que se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa de cada país con la finalidad de que no se vulnere este derecho fundamental.

En segundo plano, se analizó el sistema de protección de datos en Estados Unidos. No existe una ley federal que regule y proteja el ejercicio de este derecho fundamental. Es más, es el propio titular quien debe autorregular este derecho y, en caso de vulneración, deberá acudir al sistema judicial para soli-

108 Id., Artículo 8.
109 Id., Artículo 11.
110 Adrián Palma Ortigosa, "Principios relativos al tratamiento de datos personales", en: *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, ed. Juan Pablo Murga Fernández (Madrid: Editorial Reus, 2018), 40.

citar la reparación de daños y perjuicios. Sin embargo, ha nacido una nueva iniciativa en California. La promulgación de la CCPA toma en cuenta ciertos elementos del RGPD, dando vida a cuatro nuevos derechos que no se habían contemplado previamente en este sistema. Sin embargo, sigue siendo un estándar pobre de protección de datos.

En cambio, en Ecuador, se puede ver que el Proyecto de Ley delimita ciertos conceptos base, establece principios de aplicación directa, que establecen derechos de los titulares y obligaciones de los responsables del tratamiento de datos. Entre estos principios se observa que el consentimiento es una de las maneras de legitimar el tratamiento de datos, mismo que contiene un estándar de protección detallado y específico. Por otro lado, la finalidad del tratamiento es otro principio indispensable al momento de procesar o manejar datos personales. Se establece una Autoridad Reguladora que será analizada posteriormente.

A continuación, una comparación de los estándares que establece cada cuerpo normativo:

5. Cuadro 1: Comparación de estándares en legislación comparada

	RGPD	CCPA	Proyecto de Ley
Formas de legitimar el tratamiento	Seis:[111] el consentimiento es la regla general.	No hay requisitos legales.	Siete:[112] el consentimiento es parte de ellos.
Características del consentimiento	Cuatro:[113] libre, específico, inequívoco e informado.	Sistema *opt out*,[114] sistema de exclusión en la venta de datos personales.	Seis:[115] libre, previo, específico, expreso, informado e inequívoco
Características de la finalidad	Tres:[116] determinada, explícita y legítima.	No hay un estándar.	Tres:[117] determinada, explícita y legítima.

A lo largo de este artículo se ha podido observar que, dentro de esta revolución normativa que se está dando a nivel mundial, el ordenamiento jurídico

111 Artículo 6, RGPD.
112 Artículo 10, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.
113 Artículo 4 numeral 11, RGPD.
114 Subsección 1798.120 literal a, CCPA.
115 Artículo 5, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.
116 Artículo 5 numeral 1 literal b, RGPD.
117 Artículo 11, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

ecuatoriano busca alinearse e inclusive superar al estándar europeo. Aunque se debe tomar en consideración que el Proyecto de Ley presenta distintas variantes. Esto genera una serie de preguntas que buscan dar respuesta a qué tan bueno podría resultar alinearse a este estándar de protección de datos.

La primera pregunta por plantearse, ¿se puede considerar que el Ecuador tendrá un nivel adecuado de protección de datos? Según Serrano, para que un país tenga un nivel adecuado de protección se necesitan tres elementos:[118] 1) normativa que garantice el ejercicio de este derecho fundamental; 2) una autoridad estatal independiente; y 3) normativa especializada en protección de datos.

En este momento, es pertinente enfocarse en el primer y tercer requisito, el segundo será analizado posteriormente. El Proyecto de Ley que actualmente se está discutiendo en la Asamblea Nacional, será el cuerpo especializado en regular esta materia. Su objetivo principal es "regular el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, la autodeterminación informativa, [...] a través del desarrollo de principios, derechos, obligaciones y mecanismos de tutela".[119] De esta manera, se garantizará un ejercicio efectivo de este derecho fundamental a través de una norma especializada.

Esto conduce a una segunda pregunta, ¿qué tan eficiente puede resultar un estándar de protección tan elevado en el Ecuador? La eficiencia recae en cómo se traslada el estándar de protección establecido en el RGPD al Proyecto de Ley. Se puede ver que el legislador contempla todos los mecanismos de legitimación del tratamiento establecidos en el RGPD e incorpora dos elementos adicionales. Respecto del consentimiento se han establecido las cuatro características del estándar del RGPD, pero se añaden dos características adicionales. Por último, las características del estándar de finalidad siguen siendo las mismas en ambos cuerpos normativos.

A primera vista se podría asegurar que será un estándar sólido. De hecho, en ciertos aspectos es más exigente que el RGPD. Sin embargo, hay una diferencia entre el ser y el deber ser, cuando se trata de la vigencia, validez y eficiencia de una ley. Para poder determinar qué tan acatado será este estándar y en qué medida, es necesario que se apruebe el Proyecto de Ley y se observe el período de transición para evaluar realmente los resultados.

Sobre el segundo punto de debate, para poder realizar críticas y propuestas al Proyecto de Ley, se debe responder, ¿más allá del Proyecto, está lista la sociedad ecuatoriana para este cambio tan drástico? Para responder esta interrogante, se debe observar la evolución de este derecho en el ordenamiento

118 Rafael Serrano Barona, "*Datos Personales en Ecuador: Análisis del Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales*" (Conferencia, AMCHAM Guayaquil, 6 de agosto de 2020).
119 Artículo 1, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

jurídico. Recién en el año 2008 la Constitución lo reconoció como un derecho constitucional, es decir que se trata de un derecho relativamente nuevo en este sistema. Puede resultar bastante prometedor que el Proyecto de Ley se desarrolle de conformidad con el estándar establecido en el RGPD. No obstante, se debe tomar en consideración que la Unión Europea ha desarrollado el régimen de protección de este derecho durante alrededor de 40 años.[120] En Ecuador esto es algo incipiente. Muy poco se conoce y ha sido estudiada esta área del Derecho, por lo que implementarlo será una tarea y un reto bastante complejo.

Dependerá de muchos factores el conseguir alinearse al estándar europeo. Uno de los principales, será la educación. Será esencial que la autoridad competente eduque tanto a los titulares como a los responsables y encargados. Al no existir consciencia y cultura sobre esto, el esfuerzo por educar a cada individuo ayudará a impregnar el derecho de protección de datos como parte de la idiosincrasia ecuatoriana. Difundir a través de campañas y capacitaciones conceptos básicos e importantes en esta materia, derechos de los titulares, obligaciones de encargados y responsables, y mecanismos adecuados.

En definitiva, ¿existen mecanismos adecuados y pertinentes para esta transición? En líneas precedentes, se mencionó que Serrano establece tres elementos para que un que un país tenga un nivel óptimo de protección de datos.[121] Es aquí donde se analizará el segundo elemento: una autoridad estatal independiente. La autoridad de protección de datos personales debe ser una entidad de derecho público, con autonomía administrativa y financiera, además de contar con personería jurídica. No debería tener relación de subordinación o jerarquía con la administración central. En contraposición con lo dicho, el artículo 88 del Proyecto prescribe que se creará una Autoridad de Protección de Datos Personales dependiente de la Función Ejecutiva.[122] La tendencia actual es reducir las autoridades o dependencias del Estado. Además, dada la situación económica y el contexto social del país, no será fácil crear una autoridad independiente. Probablemente por este factor se podría presumir que la solución sería crear un órgano adjunto a la DINARDAP.

Esta dependencia podría afectar la seguridad jurídica y el pleno ejercicio de este derecho fundamental. El artículo 89 del Proyecto de Ley establece una serie de funciones, atribuciones y deberes que se resumen en supervisión, control, evaluación, autorización y normativa. Considerando estas características sería más plausible que la entidad, en todo caso, forme parte de la Función de Transparencia y Control Social. De esta manera el cuerpo colegiado podría

120 Luis Enríquez Álvarez, "La visión de América Latina sobre el Reglamento General de Protección de Datos", *Comentario Internacional. Revista Del Centro Andino De Estudios Internacionales* 19 (Julio 2020): 100, https://doi.org/10.32719/26312549.2019.19.4.

121 Serrano, "*Datos Personales en Ecuador*".

122 Artículo 88, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

conformarse por representantes del sector público, privado y académicos. La elección de estos sería mediante un proceso de méritos y oposición en el que se evalúe tanto la formación profesional como la experiencia en esta materia.

Por último, se aseguró que, al contar con un estándar adecuado de protección de datos, se busca atraer a la inversión extranjera. ¿Será posible llevar a cabo esta aspiración? La respuesta es, no necesariamente. A diferencia de lo establecido en el RGPD, en el capítulo XI del Proyecto de Ley se establece un régimen de sanciones con una base mínima y un valor máximo, los cuales resultan bastante elevados para el sector privado. Estas multas pueden ascender hasta el 17% del volumen del negocio. El artículo 86 prescribe que el volumen de negocio son los ingresos de la compañía antes de la conciliación tributaria,[123] por lo que prácticamente se estaría hablando de ingresos brutos. Tener multas y sanciones excesivas y no proporcionales desincentivan al inversor a constituir empresas en el Ecuador.

Es cierto que debe realizarse una ponderación entre contar con un estándar adecuado que garantice y proteja efectivamente al derecho a la protección de datos, frente a un estándar que llame la atención del inversor extranjero. No se debería sacrificar este derecho fundamental por intereses meramente económicos, dejando de lado los fines del Estado de proteger a la sociedad. La norma no es clara con los términos de las sanciones y se deja un espacio de discrecionalidad amplio a la autoridad, que deberá ser limitado por los principios propios del Derecho Administrativo.

6. Conclusiones

Se mencionó que los datos personales son el nuevo petróleo del internet y la nueva moneda de la economía digital. Este avance desenfrenado de la tecnología puede acarrear ciertas vulneraciones, lo que ha generado que la normativa de protección de datos se adapte a este fenómeno. Ha nacido la necesidad de contar con un estándar adecuado de protección que genere equilibrio entre protección de este derecho fundamental, desarrollo económico e innovación. Esto se lo puede conseguir a través de dos modelos regulatorios: europeo y estadounidense.

El estándar europeo de protección de datos, evidentemente, es más estricto que el implementado en Estados Unidos. Su objetivo es generar un espectro de seguridad robusto en la protección de la privacidad, tratamiento y circulación de datos, pues el modelo americano ha puesto en evidencia que un sistema de protección de datos que se basa únicamente en la autorregulación del titular podría presentar limitaciones. La CCPA y su intento de acercarse

123 Artículo 86, Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

al modelo de protección de datos de la Unión Europea, el cual se basa en la regulación por parte de una autoridad encargada, en el fondo representa el reconocimiento del fracaso del sistema de autorregulación. Esta diferencia es el principal motivo para que Ecuador, y otros países, busquen implementar lo estandarizado en el RGPD e inclusive superarlo.

Se analizó que el estándar que propone el Proyecto de Ley podría llegar a ser más riguroso que el establecido en Europa. Este establece ciertos elementos adicionales que en el RGPD no se han contemplado. Este es el marco referencial para esta iniciativa legal, aunque en ciertos puntos como en el principio de finalidad, se han tomado los mismos parámetros. La única manera de poder tener una respuesta certera de si esto se adaptará o no a la realidad, es que efectivamente se promulgue y se ejecute lo contemplado en esta futura Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

Con base en esta necesidad por regular adecuadamente el derecho a la protección de datos en la sección de críticas y propuestas, se demostró que para llegar a tener una ley eficiente son varios los aspectos a tomar en cuenta. Entre estos factores se mencionaron la educación y cultura legislativa, Autoridad de Protección de Datos y sanciones. Se recomienda al legislador realizar un análisis de impacto regulatorio. Esta es una herramienta que permite evaluar las propuestas normativas. Así se puede examinar cuáles serán los beneficios, costos y efectos potenciales que el Proyecto de Ley tendrá en el ordenamiento jurídico. De esta manera, estas deficiencias que el actual borrador de ley presenta podrán ser resueltas.

Existe bastante desarrollo sobre la teoría de protección de datos personales en la que se describe a los principios de manera abstracta. Un ejemplo claro es el presente trabajo, en el que hay un amplio análisis del estándar que manejan distintos modelos normativos. Sin embargo, es difícil encontrar publicaciones que hablen sobre los principios analizados y la conexión con la práctica y vida diaria. Incluso, se podría analizar y evaluar la efectividad de los principios estudiados en el tratamiento de datos personales.

Por último, el desarrollo tecnológico como el manejo de *big data*, lleva a cuestionarse y a evaluar estos esquemas, ¿estos principios realmente son los ejes centrales del derecho de protección de datos? ¿qué principios serán determinantes en el futuro? ¿estos esquemas dejarán de lado a la autodeterminación informativa y privacidad por consentimiento? ¿el énfasis actual del derecho de autodeterminación informativa ha generado una fatiga en el principio de consentimiento? Son temas que deben ser analizados en trabajos posteriores, ya que realmente aportarían a la discusión actual de esta materia. Pero por el momento es importante destacar que esta iniciativa legislativa busca tanto proteger este derecho fundamental como dar seguridad jurídica a compañías.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Lesiones estéticas en el rostro como agravante del delito de lesiones en el contexto de violencia contra la mujer

Esthetic injuries in the face as an aggravant of the crime of injuries in the context of violence against women

María José León Landázuri*

Recibido / Received: 29/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2185

Citación:
León Landázuri, M.J. « Lesiones estéticas en el rostro como agravante del delito de lesiones en el contexto de violencia contra la mujer». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 205 - 234, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2185

* Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mariajoseleon1997@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4305-5146

Resumen

Las lesiones estéticas en el rostro afligen con mayor frecuencia a las mujeres dentro del contexto de violencia hacia ellas por parte de su pareja. Existe un quebrantamiento a su derecho a la integridad física y corporal, así como un menoscabo a su identidad estética. Desde un enfoque legal y médico-legal, con una metodología cuantitativa y cualitativa, el presente trabajo brindará un análisis puntual de los sujetos, medios, circunstancias y específicamente la figura del agravante que rodean a este hecho delictivo. Se contemplaron además las diversas consecuencias que afectan en las esferas de la vida de la víctima, así como un señalamiento a cómo debe ser manejada la reparación al daño estético. Con este estudio, se pretende dar luces al legislador y constituir un precedente investigativo sobre el trato diferenciado que se le debe dar a las lesiones estéticas en el rostro.

Palabras clave

Lesión estética; violencia; violencia contra la mujer; agravante; daño estético

Abstract

Esthetic injuries in the face most frequently afflict women within the context of gender violence by their partner. There is a violation of their right to physical and corporal integrity, as well as an impairment of their esthetical identity. From a legal medicine approach, and with a quantitative and qualitative methodology, this work provides an specific analysis of the subjects, means, circumstances and specifically the figure of the aggravating factor, that surrounds this criminal act. The several consequences that they have in the spheres of the victim's life are also considered, as well as an indication of how reparation for esthetic damage should be handled. The intention of this study is to shed light on the Legislator and to constitute an investigative precedent on the differentiated treatment that should be given to cosmetic injuries in the face.

Keywords

Esthetic injury; violence; violence against women; aggravation; cosmetic damage

1. Introducción

"Cortar la cara"[1] es una famosa jerga española que hace referencia a negar e ignorar la presencia del otro. Sin embargo, de la locución a la acción hay una brecha invisible que cada vez se hace más pequeña cuando se trata de la violencia contra la mujer. La violencia, en su sentido más amplio, es definida como el "uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte".[2] Dentro del contexto que nos proporciona la violencia, es preciso referirse expresamente a la violencia contra la mujer, situación que la Organización de las Naciones Unidas define como "todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada".[3] Según estadísticas arrojadas por la Organización Mundial de la Salud en 2017, se estima que alrededor de una de cada tres mujeres han sufrido o sufrirán en algún momento de su vida violencia física o sexual por parte de su pareja o por acto de terceros.[4]

La violencia contra la mujer es una problemática de salud pública y salud global; dado que se contrapone a la satisfacción de los ideales de bienestar general de la mujer y de la salud misma, esta última entendida como aquel "estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".[5] Este trabajo pretende enfocarse en la violencia contra la mujer y la afectación a su esfera física, de forma puntual, a su rostro. En este sentido, se hará únicamente énfasis en las lesiones de carácter estético que constituyen un menoscabo a la armonía facial de la víctima, ya que se produce un perjuicio grave, directo y muchas veces permanente hacia el primer contacto y la primera imagen de la persona que percibe el mundo exterior.

En Ecuador, durante el año 2019, las alarmantes cifras de violencia física hacia la mujer, que fueron de aproximadamente un 35.4% de la población femenina, constituyen la piedra angular y la principal motivación de este trabajo. La vulnerabilidad de la mujer en el ámbito de pareja, laboral, social, educativo y familiar, prevalece y es indistinta de su etnia, nivel de instrucción o estado civil a la hora de ser víctima de lesiones. Es, sin duda, el rostro, una de las partes más afectadas.

---

1 Locución utilizada únicamente para fines de la expresión, sin perjuicio de toda la gama de tipos de lesiones estéticas en el rostro existentes.

2 Organización Mundial de la Salud. *Violencia*, s.f. https://www.who.int/topics/violence/es/.

3 Organización Mundial de la Salud. *Violencia contra las mujeres*, s.f. https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/

4 Ibid.

5 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documentos básicos, Celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Ratificada por Ecuador en 1946.

Así pues, las lesiones serán consideradas según el arma utilizada; según el tipo de secuela que produzcan; según la permanencia en el rostro y el tiempo de incapacidad que represente, y si es definitiva o temporal. Además, conviene advertir sobre la figura del agravante y el correcto manejo que se le debe dar, por tratarse del resultado de un alto grado de violencia física hacia la mujer. De igual forma, concurre en esta investigación el vínculo primordial entre el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que hace referencia a las lesiones en general con el artículo 156 del mismo cuerpo normativo, que se refiere a la violencia hacia la mujer y miembros del núcleo familiar.

Estas manifestaciones de violencia contra la mujer son pluriofensivas, dado que además de afectar la integridad física de la víctima por su repercusión directa en el estado estético y la percepción personal de su apariencia física, también perjudican gravemente otras esferas de su vida tales como la psicológica, laboral, familiar y sentimental.

En sentido estricto, se tomarán en cuenta las lesiones en el rostro tal y como están al momento de la valoración médico legal, la cual deberá hacerse una vez terminado el auxilio médico a la víctima, cuando esta última se encuentre fuera de peligro y una vez presentadas todas las manifestaciones de la inflamación provocada por la lesión. Es ahí cuando la justicia deberá hacer lo propio, en orden a cumplir con su cometido de proteger a la víctima y de sancionar al agresor, entre otras cosas, con la oportuna y adecuada reparación. Para estos fines se considerará los tipos de daños que se debe resarcir cuando tiene lugar una lesión estética en el rostro, así como todo lo concerniente a la reparación integral de la mujer.

El punto medular de la investigación en cuestión y el problema jurídico a desarrollar, se enfocará en la necesidad de cubrir la deficiente respuesta y atención de la legislación ante las lesiones estéticas en el rostro en el contexto de violencia hacia la mujer por parte de su pareja, mediante un análisis puntual de los sujetos, medios, circunstancias y específicamente la figura del agravante, que rodean al delito de lesiones. Adicionalmente, cabe decir que este tema adquiere mayor relevancia dado que, por su especial y particular connotación, debe ser tratado no sólo desde una perspectiva jurídica propiamente tal, sino que amerita añadir un especial enfoque de género hacia una problemática creciente. Debido a los pocos esfuerzos del legislador ecuatoriano por atender estos casos y a la tendencia conservadora de la legislación, este trabajo pretende establecer un precedente investigativo que contiene la propuesta de considerar dentro del contexto de violencia contra la mujer y del delito de lesiones en general, una consecuencia agravante a aquellas lesiones estéticas provocadas en el rostro, dotándole a esta conducta de una descripción específica y posi-

blemente esbozar en un futuro la posibilidad de establecer penas diferenciadas para quienes incurran en ella, dentro del COIP.

Para cumplir estos cometidos, la metodología a utilizar será cuantitativa por el uso de datos estadísticos para fundamentar este estudio, así como también cualitativa por tratarse de una cuestión dogmática relevante.

Concluyendo este punto, es muy importante dejar en claro que dentro de este rango no estarían incluidas aquellas lesiones en el rostro de la mujer que ocurren como resultado de riñas callejeras entre grupos de personas o pandillas, las que se producen en medio de asaltos o hurtos, etc.; en cuyas circunstancias no existe una relación sentimental de pareja entre los sujetos activos y pasivos, en las que la lesión en el rostro es meramente circunstancial y que, por lo tanto, el daño estético de la víctima no constituye el objetivo principal o la real intención del atacante.

2. Desarrollo

2.1. Aspectos médico-legales

Antes de profundizar en la primera sección del presente marco teórico, es imprescindible proporcionar una perspectiva del panorama médico legal que envuelve a las lesiones estéticas en el rostro. Tal como se planteó previamente, esta clase de lesiones perjudican gravemente el estado de salud de la víctima y terminan por dañarla profundamente, incluso superando las secuelas y complicaciones que se pueden percibir en el exterior. El bienestar general es un estado intangible de satisfacción que, en esta manifestación de violencia, se ve ultrajado en virtud de una manifiesta deformación que se produce en el rostro.

La deformación es definida por el profesor Eugenio Cuello Calón como una "irregularidad física, visible y permanente".[6] Y, más específicamente, cuando se ubica en el rostro puede tratarse de "imperfecciones, variaciones peyorativas o anormalidades, asimetrías e inarmonías".[7] Estas lesiones pueden ser causadas por contusiones "resultantes del golpe o choque con o contra cuerpos o superficies duras"[8] o por otros agentes productores tales como las armas blancas cuando se trata de "elementos de diversa estructura que se caracterizan por presentar un extremo dotado de forma aguzada y/o de uno o más bordes afilados";[9] armas de fuego en el caso de aquellas armas que "utilizan la energía liberada a partir de la combustión de la pólvora para lanzar un proyectil a

6 Eugenio Cuello Calón. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Volumen II,* (Barcelona: Editorial Bosch, Sociedad Anónima, 1975), 570 - 572.

7 Ibid.

8 José Ángel Patitó, *Medicina Legal. Ediciones Centro Norte*, (Buenos Aires, Argentina: EDITORIAL, 2000), 225.

9 Ibid., *Parte A: Oscar Ignacio Lossetti*, 232.

distancia"[10] e incluso por agentes físicos y químicos tales como fuego, electricidad o sustancias corrosivas. En este sentido, los cuerpos y/o superficies duras producen heridas contusas, apergaminamientos, escoriaciones o equimosis. Las armas blancas provocan heridas incisas o cortantes, punzantes, punzocortantes y contuso-cortantes. Los proyectiles de armas de fuego causan lesiones contusas y los agentes físicos y químicos producen quemaduras.[11]

Siguiendo ahora con lo que atañe estrictamente a la topografía facial y a su estudio, es necesario realizar una primera y clara distinción entre cráneo y cara. Mientras que el cráneo "aloja el encéfalo fundamentalmente neurocráneo, la cara presta inserción a los músculos de la mímica y de la masticación y aloja algunos de los órganos de los sentidos".[12] Es únicamente ésta última, materia de interés para el presente ensayo jurídico. A modo de consideración especial y con el fin de delimitar el rostro propiamente dicho, tampoco se tomará en cuenta el cuello, dado que el área de la cara limita únicamente con la parte inferior de la mandíbula. Por lo tanto, debe entenderse que el rostro, desde el punto de vista médico legal, comprende "la parte anterior de la cabeza, delimitado en su parte superior por la línea de implantación normal del cabello a los lados, incluyendo los pabellones auriculares y en su parte inferior hasta el borde inferior de la mandíbula".[13]

Las lesiones estéticas en el rostro podrían estar ubicadas en 7 regiones centrales de la cara. A saber: región labial; región nasal; regiones laterales ciliar; región orbitaria; región geniana; región maseterina y región mentoniana. La región labial consta de dos labios: superior e inferior. El labio superior posee "una cara anterior, convexa, tiene en la línea media un canal limitado por dos crestas; su borde libre forma una curva, dividida en dos en la línea media por una pequeña eminencia";[14] mientras que el labio inferior, más grueso y marcado que el superior, "está escotado en el centro, formando en lo restante una línea ondulada".[15] De igual forma esta última, más específicamente la región bucal, se encuentra limitada "a los lados por los arcos alveolares, atrás por la faringe, arriba por las fosas nasales, abajo por el suelo que parte del borde inferior del maxilar inferior. Forma una cavidad, toda ocupada por la lengua, cuando está cerrada".[16]

La región geniana comprende a su vez, tres subregiones fundamentales: zigomática, masetérica y geniana, propiamente dicha. La subregión zigomática se encuentra formada por "la prominencia del pómulo; está separada de la fosa

10 Ibid., *Parte B: Osvaldo H. Curci*, 238.
11 Ibid., *Parte C: Francisco J. Famá*, 248.
12 Carmen Ruiz Ruiz, *El cráneo humano.* 2008. http://mural.uv.es/caram/Craneo%20Humano.html.
13 Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Forense y Deontología Médica: Ciencias forenses para médicos y abogados*, (México: Trillas, 1991), 2.
14 Ibid.
15 Joan Giné i Partagàs, *Compendio de anatomía médico-quirúrgica: Extracto de las lecciones de esta asignatura dadas en el Instituto Médico de Barcelona durante el verano de 1871*, (Barcelona: Instituto Médico de Barcelona, 1873), 29.
16 Ibid., 30.

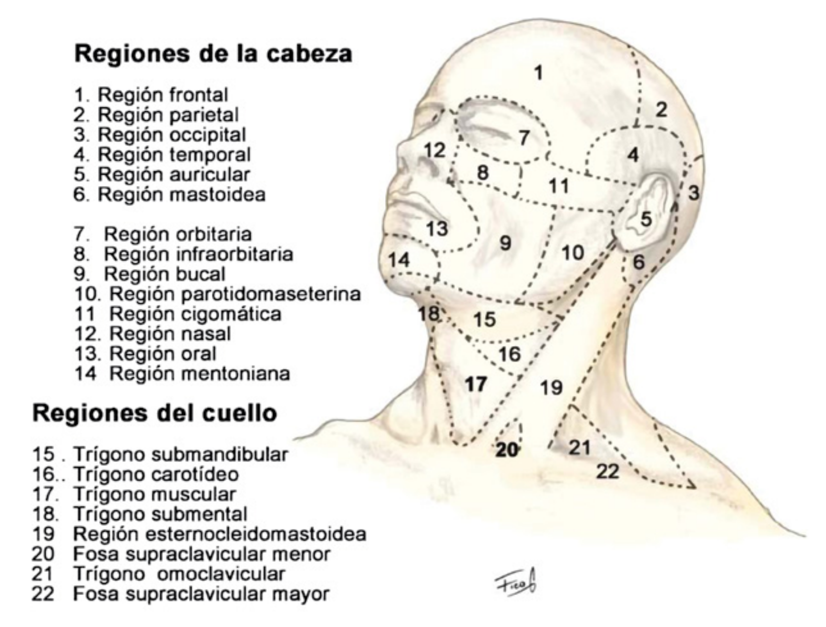
canina por el surco naso-yugal y del labio superior por el surco naso-labial".[17] La subregión masetérica está limitada "por los bordes de los músculos maseteros y su volumen depende de estos músculos y de la glándula parótida".[18] La subregión geniana propiamente dicha posee sus límites con "la región mentoniana, labial y zigomática, la masetérica y la submaxilar",[19] formando en algunas ocasiones una prominencia, y en otras ocasiones una depresión. La región nasal se encuentra entre la raíz nasal y la espina nasal del maxilar. Del mismo modo se encuentra constituida por la pirámide nasal y las fosas nasales. La pirámide nasal está constituida por:

> [U]n vértice superior o raíz nasal, cuyas paredes laterales se unen en la zona intermedia para constituir el perfil del dorso nasal y, la pared posterior se continúa con las fosas nasales. Los bordes laterales forman surcos más o menos profundos que se unen a la región facial vecina, de la siguiente manera: hacia arriba está el surco palpebral, que la separa de los párpados oculares y corresponde a la apófisis ascendente del maxilar, y luego se continúa hacia abajo con el surco nasogeniano, que termina en el surco de la región labial o surco nasolabial.[20]

En su base, la pirámide nasal posee orificios nasales que son "de forma más o menos triangular con vértice anterior, redondeado por el lóbulo nasal y cuya base limita con el labio superior".[21]

La región frontal del rostro es aquella fácilmente identificable como hueso frontal de la cara y limita en su parte superior con el punto de nacimiento del cabello o triquion, en su parte lateral limita con la línea superior y región temporal del rostro y en su parte inferior limita con el margen infraorbitario. En la región frontal, además, se encuentran las regiones orbitarias o cavidades orbitarias que "son dos, situadas (…) justo debajo del hueso frontal. Su forma es de pirámide cuadrangular cuyo eje se encuentra dirigido hacia delante y en sentido lateral".[22] Las regiones laterales ciliar y el cuerpo ciliar se encuentran en la circunferencia del ojo humano y "parte de la capa intermedia de la pared del ojo".[23]

17 Ibid.
18 Ibid., 31.
19 Ibid, 30.
20 Juan Carrero, Anatomía de la región nasal, 2020. http://www.clinicajuancarrero.es/disciplinas/rinoplastia/12-disciplinas/rinoplastia/67-anatomia-de-la-region-nasal.
21 Ibid.
22 Diana Milena Saboya Romero, "La cara. Aspectos anatómicos II – Cavidad orbitaria". *Revista Académica de la Universidad Nacional de Colombia*, Vol. 4 Núm. 2 (julio del 2012,), sección 2.
23 Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de la Salud de EE. UU. Cuerpo ciliar, 2020. https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/cuerpo-ciliar. (acceso: 17/08/2020)



Regiones de la Cabeza
Fuente: Rafael Coello Cuntó. *Topografía de la cabeza y cuello.*
Atlas de Anatomía Humana. Edición en PDF.

Producido el daño, se deberá llevar a cabo la correspondiente valoración médica, la cual se ha de practicar una vez terminado el auxilio médico a la víctima, cuando ésta última se encuentre fuera de peligro y una vez presentadas todas las manifestaciones de la inflamación provocada por la lesión. Para llevar a cabo este procedimiento es imprescindible dejar pasar un tiempo prudencial de 4 horas entre el trauma y la valoración médico legal. Concomitantemente, se debe identificar el medio, circunstancias y región del rostro afectado.

Hágase especial énfasis en el correcto actuar de los agentes de criminalística cuando se trate de este tipo de lesiones; los que deberán procurar la recolección de todos los indicios necesarios del rostro de la mujer en cuestión y suplir interrogantes de la ejecución y circunstancias del delito. A saber, la criminalística "implícitamente conlleva relacionarla con conocimientos técnicos-científicos, averiguación de lo acontecido, identificación de personas vivas o fallecidas, manejo del sitio del suceso, métodos científicos utilizados en el laboratorio para el examen de la evidencia".[24] Tal y como se haría en una escena del crimen ordinaria, se considera relevante no pasar por alto una prudente inspección ocular técnica por parte de los agentes de criminalística, en la cual, necesariamente deberán basarse en la evidencia física que el sujeto activo deja en el rostro de la víctima y fijar correctamente los indicios presentados con el

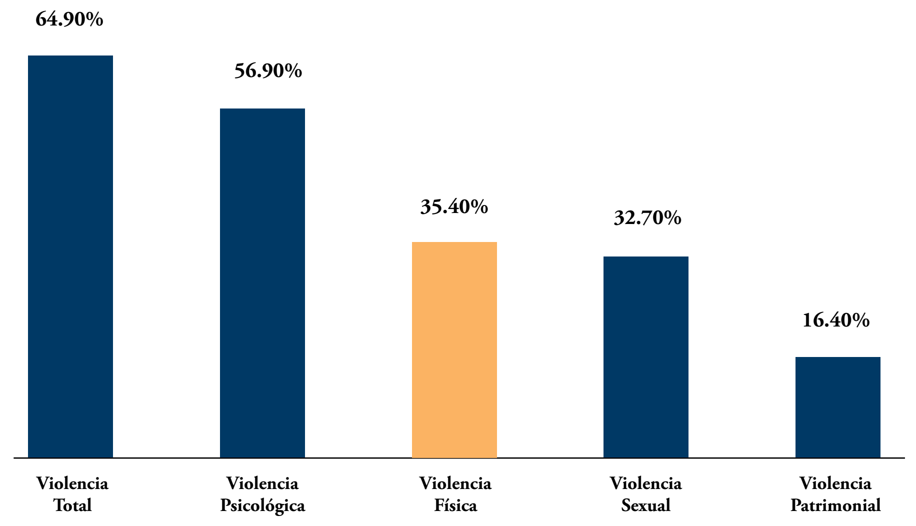
24 Álvaro Burgos, "La Criminalística y su importancia en el campo forense". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 2010, sección 2.

fin de extraer las conclusiones pertinentes del hecho delictivo y posteriormente lograr una oportuna valoración del perjuicio estético.

2.2. Marco Normativo

2.2.1. Estadísticas para el estudio

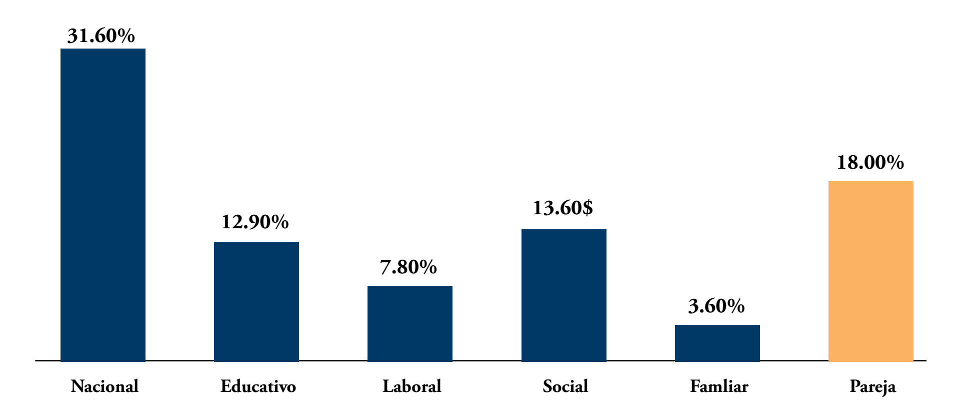
En noviembre de 2019 el Instituto Nacional de Estadística y Censos de Ecuador (en adelante INEC), con su Comisión Especial de Estadísticas de Género, llevó a cabo la "Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres". Los resultados arrojados fueron desagradables y alarmantes, pero lastimosamente predecibles. La metodología utilizada por el INEC fue una encuesta por muestreo probabilístico a mujeres de 15 años en adelante, y la muestra fue tomada a 20.848 viviendas a nivel nacional en sectores urbanos y rurales.[25]



Fuente: Elaboración propia basada en los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de Ecuador en la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres de noviembre del 2019.

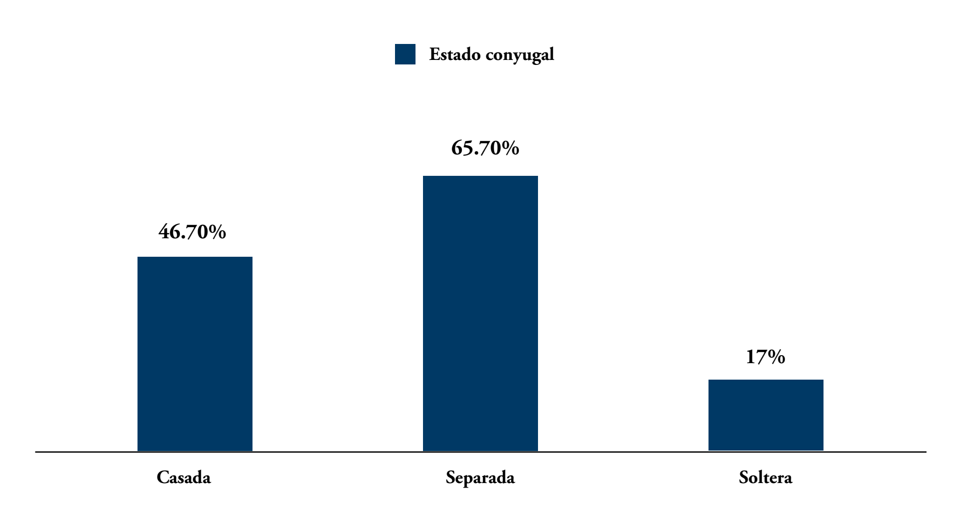
25 Instituto Nacional de Estadística y Censos de Ecuador. *Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres,* 2019. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf. (acceso: 07/08/2020)

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES POR ÁMBITO



Fuente: Elaboración propia basada en los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de Ecuador en la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres de noviembre del 2019.

VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DE PAREJA A LO LARGO DE LA VIDA



Fuente: Elaboración propia basada en los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de Ecuador en la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres de noviembre del 2019.

Para fines del presente estudio, los parámetros de medición de la violencia contra la mujer rescatados en esta encuesta son los siguientes: población objetivo de mujeres de 15 años en adelante; violencia del tipo física; contexto o circunstancias de pareja y el período de referencia será a lo largo de toda la vida de la informante. Se encontró que, a lo largo de su vida, un 35.4% de las mujeres encuestadas han sido víctimas de violencia física.[26] De ellas, para el año 2019, a nivel nacional un 42.8% fueron víctimas de violencia en el ámbito de pareja[27] y en ese mismo contexto, un 25% de las encuestadas de estado civil casadas, separadas o solteras mencionaron que la violencia recibida fue del tipo físico.[28] De la misma forma, "66 de cada 100 mujeres de estado conyugal divorciadas, separadas y viudas, han experimentado algún tipo de violencia por parte de su pareja a lo largo de su vida".[29]

Advertidos los datos, conviene reparar sobre dos consideraciones puntuales. Primero, las cifras mencionadas han sido tomadas de los resultados en bruto y de las expectativas probabilísticas de la encuesta referida, con el fin de destacar la preocupante situación de violencia que aqueja a las mujeres ecuatorianas. Segundo, se enfatiza que, dentro del contexto de pareja, se considerarán todos los tipos de pareja existentes. Es decir, la pareja de la víctima será observada como sujeto activo de la lesión provocada, indistintamente de su género u orientación sexual. Recordando que lo que interesa de esta problemática es que la víctima es una mujer —o quien se identifique como tal— y el alto grado de violencia con la que se ocasiona el delito de lesiones, independientemente de la circunstancia de pareja de la cual provenga.

Nótese que la violencia, específicamente la física, no tiene miramientos, y es una situación vigente que, a pesar de ser una expresión social, es de tal radio de afectación que transciende incluso al ámbito legal y es justamente ahí donde éste trabajo encuentra su génesis.

2.3. Teoría del delito

Previo a desarrollar el delito de lesiones, la lesión estética en el rostro y el agravante como tal, se precisa un breve reconocimiento de los elementos del delito.

Quizá el concepto que mejor define al delito es aquel dado por el jurista italiano Francesco Carrara: "el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y social-

26 Ibid.
27 Ibid.
28 Ibid.
29 Ibid.

mente dañoso".[30] Si bien esta definición es bastante precisa, como ella existen muchas otras, por lo que se ha logrado conciliar esfuerzos académicos y legislativos para crear la teoría del delito y dentro de ésta, reconocer los elementos constitutivos del delito: acto típico (artículo 25 del COIP), antijurídico (artículo 29 del COIP) y culpable (artículo 34 del COIP). El delito es un acto que responde a una conducta humana en sí, "los tres elementos restantes son calificativos de esa conducta, son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto"[31] los mismos que se desarrollan a continuación.

Es un acto típico, porque debe encontrarse necesariamente "previa y expresamente descrito por la ley penal".[32] Es un acto antijurídico dado que, como su nombre lo dice, "es una conducta contraria a derecho, pues lesiona un bien jurídico".[33] Finalmente, es culpable, en tanto este acto "le puede ser imputado y reprochado a su autor".[34] De cumplirse estos elementos, habrá un delito y, como tal, constituye un acto punible que es sancionado con una pena.

De los elementos descritos anteriormente, quizá al que mayor atención se le deba prestar es a la tipicidad y a su vez, dentro de ella, a sus elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos por identificar son: núcleo, sujeto activo, sujeto pasivo y referencias puntuales al objeto material, a los medios, al tiempo, lugar o a la ocasión y en ciertas oportunidades, existirán también elementos normativos.

El núcleo de la conducta "es el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona".[35] El núcleo, se fija entonces, mediante un verbo rector, cuya existencia es imprescindible. Confluyen dos sujetos, cuya clara identificación es primordial para fines del análisis que se llevará a cabo posteriormente, a saber: sujeto activo y sujeto pasivo. El sujeto activo es "el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente".[36] El sujeto pasivo, en cambio, "es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito".[37]

Las referencias al objeto material, a los medios, al tiempo, al lugar o a la ocasión; también son necesarias, dado que de su cumplimiento depende la existencia de varios tipos penales. En la especie, el objeto es la cosa o persona sobre la cual recae la conducta penal. En ciertos casos, para que el delito se

30 Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, 1971. http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/francesco_carrara-tomo_1.pdf (acceso: 10/10/2020)
31 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General,* (Quito, Ediciones Legales EDLE S.A., 2015), 99.
32 Ibid.
33 Ibid.
34 Ibid.
35 Ibid., 138.
36 Ibid., 102.
37 Ibid., 103.

configure, éste debe recaer sobre un determinado objeto.[38] La referencia al medio tiene que ver con el hecho de que hay ocasiones en las cuales el legislador podría incurrir en descripciones concretas referentes al medio por el cual se comete el delito, "es un elemento muy importante en algunos delitos, a tal punto que en ocasiones es el que muestra más claramente el indicio de antijuricidad".[39] Las referencias al tiempo, al lugar o a la ocasión, son bastamente más específicas e indispensables, porque son de carácter circunstancial. De no cumplirse, no habrá tipicidad y si no se encuentran estas circunstancias, un acto determinado no será considerado delito.[40]

Existen tipos penales, cuya descripción típica "incluye ciertos elementos que la doctrina califica como normativos, pues se refiere a disposiciones, limitaciones o presupuestos de carácter jurídico que deben cumplirse para que haya tipicidad",[41] estos son los llamados elementos normativos. Los elementos subjetivos del tipo, en cambio, son la culpa y el dolo; siendo, en este caso, únicamente el dolo, materia del presente análisis. A breves rasgos, la culpa hace referencia a una infracción del deber objetivo de cuidado; esto ocurre cuando existe imprudencia, impericia, falta de habilidad o inobservancia de leyes de por medio.[42] El dolo, en cambio, es aquel designio que tiene el sujeto activo de causar daño, o bien, "la intención del agente de realizar el hecho delictivo"[43] esto es, con plena conciencia y voluntad. Más específicamente, merece una consideración especial en el delito de lesiones, el dolo directo, que se manifiesta cuando el individuo sabe que el resultado es la consecuencia natural y lógica de su acción, y quiere ese resultado.[44]

2.3.1. Delito de lesiones

El delito de lesiones, en *stricto sensu*, se refiere a,

> [T]oda conducta, ya sea activa u omisiva, ya sea física (violenta), o moral (no violenta), que produzca un menoscabo o perjuicio en la salud individual de las personas, entendida la salud en sentido amplio, como comprensiva de la integridad corporal, y la salud física y psíquica, en cuanto que estos elementos son necesarios para que la salud sea una de las condiciones previas que posibilitan la participación del individuo en el sistema social.[45]

38 Ibid., 140.
39 Ibid.
40 Ibid.
41 Ibid., 140.
42 Ibid., 146.
43 Ibid., 142.
44 Ibid.
45 Javier Boix Reig, Enrique Orts Berenger y Tomás Salvador Vives Antón. *La reforma penal de 1989*, (Valencia, Tirant lo blanch, 1989).

Este delito entra en la categoría de los delitos de resultado, los cuales hacen alusión a que el acto delictivo y la consecuencia que se produce se pueden separar a simple vista en dos momentos distintos. De este modo, "la producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo".[46] El delito de lesiones exige necesariamente un perjuicio en la salud y en la integridad física de la víctima, lo cual sólo es posible de verificar una vez que la agresión ha sido ejecutada. Esto, bajo el entendido de que la secuela se manifiesta posteriormente y es consecuencia física, inmediata y evidente del delito de lesiones. En el delito de lesiones, los bienes jurídicos protegidos son la salud, así como la integridad física y corporal de la víctima, la cual se está vulnerando "a través de toda pérdida, inutilización y menoscabo o desfiguración de los órganos, miembros o partes del cuerpo".[47]

A pesar del amplio alcance y profundo estudio que representa el delito de lesiones, la legislación ecuatoriana lo reduce a un campo muy limitado. El delito de lesiones se encuentra tipificado en el artículo 152 del COIP. Si bien es cierto que en este artículo se mencionan determinadas circunstancias en las cuales podría infringirse el daño, sin embargo, es enfático en concentrarse primordialmente en el tiempo de incapacidad que representa la lesión para la víctima.

No existe una consideración específica por el lugar del cuerpo en el que se encuentra ubicada la lesión, pues el artículo de marras únicamente contempla la protección de la integridad física de la víctima, sin hacer alusión a la salud (física y psíquica) como tal. Tampoco examina en ninguna medida ni la figura del sujeto activo (de quién se trata, ni su relación con la víctima) ni tampoco el dolo con el cual éste último actúa.

Resumiendo, lo que se busca para que las lesiones estéticas en el rostro sean consideradas una circunstancia agravante al delito de lesiones dentro del COIP es que se especifique que el sujeto activo debe ser necesariamente la pareja de la víctima, el lugar afectado debe ser el rostro y que el sujeto activo obre con dolo.

2.3.2. Lesiones estéticas en el rostro

Las lesiones estéticas en el rostro son con frecuencia objeto de controversia y es precisamente en ese espacio de incomodidad que surge de la colisión de razonamientos, que se desenvuelve el fondo de estudio de este trabajo. La valoración de la estética es una tarea poco menos que imposible, ya que responde a

46 Universidad de Navarra, Área de Derecho Penal. *El sistema español*: *Los delitos.* 2012. http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html

47 José Luis Díez Ripollés, *Los delitos de lesiones, Sobre esta definición de integridad corporal*, 1997. http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html (acceso: 30/09/2020)

un factor subjetivo que resulta impracticable conciliar. Es por esto que se debe hacer especial énfasis en que el análisis de las lesiones estéticas en el rostro no pretende reparar sobre los ideales personales —ni mucho menos sociales— de belleza. La belleza es una abstracción que recae en el ojo de quien la ve y nada tiene que mezclarse con el Derecho.

En este punto surge, razonablemente, la siguiente duda: ¿por qué el rostro y no cualquier otra parte del cuerpo? La respuesta a esta disyuntiva puede parecer imprecisa, sin embargo se encuentra lejos de serlo. No se trata de que el rostro sea el único lugar estético de la persona ni que se le dé mayor prelación al rostro de la mujer por sobre el del hombre; es una señal de alerta ante preocupantes cifras de violencia física ubicadas precisamente en la cara, en el primer contacto que tiene la persona con el mundo exterior y la única imagen auténtica a la que su ser está permanentemente anclado.

Adicionalmente, se niega rotundamente la creciente concepción de que este tipo de lesiones afecta únicamente a las mujeres cuya belleza no es solamente valorada por la sociedad, sino que también es agresivamente exigida. No se busca tampoco ni cosificar ni evaluar precipitadamente estándares de belleza impuestos, sino visibilizar que las lesiones en el rostro y la violencia contra la mujer son problemas latentes que afectan a todas por igual y sus consecuencias son equivalentes en todos los casos.

Por ser la estética un concepto cargado de fuertes influencias tanto personales como sociales, que tienen que ver con la belleza y la armonía corporal, los únicos criterios a considerar serán que la deformidad sea visible y permanente en el rostro de la víctima.[48] Por lo tanto, se entenderá como deformidad, "las cicatrices, quemaduras, manchas, hiperpigmentación de la piel, alteración del tabique o de las fosas nasales, alteraciones en la movilidad del párpado, tics, pérdida de cabello, roturas de dientes",[49] así como las desviaciones y cambios en la coloración de los labios.

Para fines de este estudio es imperante recalcar que mientras es claro que el sujeto pasivo del delito de lesiones es la mujer —o de quien se identifique como tal— el sujeto activo será la pareja de la víctima, indistintamente de su género u orientación sexual. En tal sentido, prevalece la consideración de que ambos sujetos se encuentran ligados sentimentalmente (pareja), de forma jurídica o fáctica y que aquella cercanía es deteriorada por un entorno de violencia contra la mujer —o de quien se identifique como tal —.

De la misma forma, las lesiones pueden ser causadas por contusión, arma blanca, elementos químicos o por armas de fuego. Las secuelas pueden ser

48 Ver Fernando Suansez Pérez, *Los delitos de lesiones, Especial referencia a las lesiones al feto*, (La Coruña, Universidad de la Coruña, s.f.), 497.
49 Ibid., 498.

de permanencia temporal o definitiva y el tiempo de incapacidad producido se valorará según la gravedad de la lesión, ubicación morfológica en el rostro y sentidos/órganos comprometidos. En las lesiones estéticas en el rostro no es necesaria la habitualidad de la violencia física —como pasa en otros tipos penales — porque basta que se presente un evento de violencia para que el menoscabo exista. En adición, es acertado decir que debe existir una acción positiva del agresor, y por lo mismo, no podrá configurarse por omisión.

En desarrollo de este razonamiento, cabe decir que es del todo necesario constituir una circunstancia agravante del delito de lesiones, en el que se consideren tres características principales: cualidad de la víctima (mujer), intención (ensañamiento) y la ubicación de la lesión en el lugar más visible del cuerpo (rostro).

2.3.3. Agravante

La legislación ecuatoriana tiende a ser conservadora y es por excelencia poco mutable con respecto a la tipificación de nuevos delitos. Por este motivo, la intención de proponer a las lesiones estéticas en el rostro como circunstancia agravante del delito de lesiones en el contexto de la violencia contra la mujer, es una manera idónea de inmiscuirse sutilmente en la legislación, pero sin dejar de interceder por las situaciones de violencia contra las mujeres, en el rostro, y visibilizar lo frecuente de sus episodios. La legislación debe reconocer estas agresiones y proteger a sus víctimas, dejando de ser contemplativa y en alguna medida una apología a su encubrimiento.

Las circunstancias agravantes dan como resultado un aumento en las penas fijadas para cada delito, ya que "vincula sobre todo al grado de culpabilidad del sujeto activo de la infracción",[50] en este caso, aumentándola considerablemente.

Dentro de la legislación ecuatoriana, el artículo 47 del COIP tipifica las circunstancias agravantes de las infracciones penales, y en este sentido las que con mayor énfasis corresponde estudiar son principalmente dos:

> Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción. - Son circunstancias agravantes de la infracción penal: (…) 7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima. (…) 9. Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.[51]

50 Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Parte General,* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2015), 264.

51 Artículo 47, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180, 10 de febrero del 2014.

Nótese que estas circunstancias agravantes tienen que ver expresamente con la forma en la que la infracción fue cometida. Esta aseveración coadyuva a la perfección con el artículo 35 de la Constitución del Ecuador, el cual protege de forma especial los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Categoría en la cual —entre otras— por su doble condición de vulnerabilidad, el Estado brinda especial protección a las mujeres embarazadas, personas en situación de riesgo y las víctimas de violencia doméstica.[52]

Se delimitan de esta forma, las circunstancias agravantes a estudiar que se aplican en el caso de las lesiones estéticas en el rostro. Sobre la aplicación del numeral séptimo, "cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima",[53] cabe recalcar que la particularidad fundamental de la lesión estética en el rostro es la de que, en el sujeto activo, exista la intención concreta de dejar una huella permanente en la víctima, es decir, que exista dolo y que la deformación sea el resultado buscado. Y es que el agresor no pretende causar la muerte de su víctima, sino todo lo contrario, le mueve el ánimo de que ésta última recuerde el episodio de violencia siempre que se mire al espejo por el mayor tiempo posible y para el resto de su vida.

En segundo lugar y quizá el agravante que mejor ejemplifica la situación planteada, es el numeral noveno, "aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación".[54] Debe entenderse que pertenecer o identificarse con el género femenino no es una situación personal ni un tema circunstancial de la víctima, es una condición de género cómo cualquier otra que en nada debe influir en la medida que ésta se encuentre expuesta a las agresiones físicas. Sin embargo, sí implica una notable discriminación de género en el contexto de violencia contra la mujer y la posiciona en una situación de vulnerabilidad con respecto a su pareja y en una clara marginación, por el simple hecho de ser mujer.

Es necesario además manejar la figura del agravante con extrema cautela, dado que las lesiones estéticas en el rostro se pretenden considerar agravantes por ser el resultado de un alto grado de violencia física hacia la mujer, atado al designio de causarle daño. Esto va de la mano con el aumento de la pena que tipifica el artículo 44 del COIP, "Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio".[55]

Ahora bien, conviene advertir el estrecho vínculo existente entre el artículo 152 del COIP, referente al delito de lesiones y el artículo 156 del mismo cuerpo normativo que menciona a las lesiones en un contexto de la violencia

52 Ver, Artículo 35l, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008.
53 Artículo 47, numeral 7, Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180 de 10 de febrero del 2014, 3 de febrero del 2014.
54 Artículo 47, numeral 9, Código Orgánico Integral Penal, 2014.
55 Artículo 44, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

hacia la mujer y los miembros del núcleo familiar; y es que, la cercanía entre la víctima y el agresor no puede pasar desapercibida, dado que las relaciones de pareja son —o deberían ser — un ambiente de seguridad, mas no un campo de batalla. Esta lógica es congruente con lo dicho en el COIP cuando se contempla en el segundo artículo innumerado que

> [S]i el delito es de reclusión menor de seis a nueve años; pero el tercer artículo innumerado prevé varias circunstancias de agravación, con lo cual la pena puede llegar hasta reclusión mayor de doce a dieciséis años: (…) las lesiones corporales graves o permanentes o el daño psicológico irreversible, sufridos por la víctima a consecuencia del delito. […].(…).[56]

Conviene advertir que, en el panorama de América Latina, el Código Penal Peruano en su artículo 121.2 sí considera una lesión grave aquella que desfigure de manera grave o permanente el cuerpo de la víctima. Además, en el artículo 121-B del mismo cuerpo normativo se toma como como forma agravada de las lesiones graves a aquellas lesiones producidas en el contexto de violencia familiar. A saber, son lesiones graves las siguientes:

> [L]as que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave o permanente.[57]

Y las formas agravadas pueden darse por

> [L]esiones graves por violencia familiar: El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y suspensión de la patria potestad (…).[58]

2.4. Estado del arte

Múltiples estudiosos del derecho han dedicado esfuerzos académicos al sinuoso recorrido que constituye la investigación y análisis de las lesiones estéticas en el rostro. Trayecto que con frecuencia se ve truncado debido a que los criterios de valoración del perjuicio estético no son del todo claros y llegan a ser difícilmente definidos, por encontrarse estrechamente vinculados a estándares de belleza y afanes de simetría facial y corporal. Sin embargo, la mayoría de los autores han logrado conciliar y concentrar sus esfuerzos en tres absolutas, las cuales, al cumplirse, constituirán un perjuicio estético como tal: "un afea-

56 Artículo 47, Código Orgánico Integral Penal, 2014.
57 Código Penal Peruano. Artículo 121.2. Decreto Legislativo No. 635, del 16 de octubre del 2018.
58 Id., Artículo 121-B.

miento como consecuencia de un evento dañoso el cual ha de ser permanente y perceptible por los sentidos desde el punto de vista de un tercer observador; un menoscabo del estado estético (apariencia física) anterior".[59]

Sobre el afeamiento o deformación provocada por la lesión, el doctor costarricense Miguel Ángel Arguedas[60] menciona que, la deformidad debe ser de carácter permanente, que incluso mediando una intervención médica-quirúrgica no se pueda quitar y que aún pasado un tiempo prolongado, la huella se mantenga intacta. Así pues, la deformación puede ser de varios grados, siendo la de alto grado mucho más evidente y distintiva, pero esto no quita que la deformidad de menor grado "que no por ser menos llamativa y más discreta, menos repulsiva y más disimulable, deja de constituir una deformación permanente del rostro (…)".[61]

Ahora bien, al recaer en la cara los elementos antes mencionados, cobran incluso mayor importancia que en otras regiones del cuerpo dado que la deformación debe ser visible desde el punto de vista de un tercer observador a una distancia personal promedio. La cicatriz provocada por esta deformación puede ser ubicada en cualquier región del rostro, "se incluyen especialmente las cicatrices que afecten nariz, labios (sin producir retracción peribucal), pabellón auricular (trago, antitrago y hélix) o que se encuentre situada transversalmente a surcos o prominencias naturales visibles como el mentón, surco nasogeniano, arcos supraciliares".[62]

Estas lesiones pueden ser causadas por contusiones "resultantes del golpe o choque con o contra cuerpos o superficies duras",[63] o por otros agentes productores tales como las armas blancas cuando se trata de "elementos de diversa estructura que se caracterizan por presentar un extremo dotado de forma aguzada y/o de uno o más bordes afilados";[64] armas de fuego en el caso de aquellas armas que "utilizan la energía liberada a partir de la combustión de la pólvora para lanzar un proyectil a distancia"[65] e incluso por agentes físicos y químicos tales como fuego, electricidad o sustancias corrosivas.

En este sentido, los cuerpos y/o superficies duras producen heridas contusas, apergaminamiento, escoriaciones o equimosis. Las armas blancas provocan heridas incisas o cortantes, punzantes, punzocortantes y contuso cortantes.

59 Jesús Fernández Entralgo, "La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración" *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (No. 34, 2010),: 9.
60 Miguel Ángel Arguedas Piedra. *Marca indeleble: Aspectos Medicolegales de las lesiones y la marca indeleble en el rostro como lesión grave* (Costa Rica: Ediciones Universidad de Costa Rica, 2002), 89.
61 Ibid.
62 República del Perú*, Guía Médico Legal para la determinación de señal permanente de deformación de rostro,* (Perú: Comité de Expertos - Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010), 9.
63 José Ángel Patitó, *Medicina Legal*, (Buenos Aires: Ediciones Centro Norte, 2000), 225.
64 Ibid., Oscar A. Lossetti*, Parte A*, 232.
65 Ibid., Osvaldo H. Curci, *Parte B*, 238.

Los proyectiles de armas de fuego causan lesiones contusas y los agentes físicos y químicos producen quemaduras.[66]

Finalmente, debe tratarse necesariamente de un menoscabo de la apariencia física anterior de la víctima. Este último punto álgido principalmente por su expectativa de correcta aplicación por parte del Juzgador, dado que es inexacto el estado estético anterior de la víctima y es un "elemento típico normativo de valoración cultural".[67] El juez español Pedro Martín García,[68] prodigiosamente, propuso entonces que se deberá tomar en cuenta dos apreciaciones al momento de administrar justicia referente a lesiones estéticas: carácter externo y significación estética. "La primera tiene una evidente naturaleza descriptiva: El juzgador lo único que tiene que hacer es comprobar la existencia o no de la [externalidad] de la irregularidad de que se trate";[69] la segunda, por el contrario, "tiene naturaleza valorativa: el Juzgador debe apreciar la significación estética de la irregularidad externa de que se trate".[70]

2.5. Consecuencias de las lesiones estéticas en el rostro

Las consecuencias de las lesiones estéticas en el rostro tienen un grado de complejidad peculiar, en tanto que más allá de los estragos manifiestos, existe un radio de repercusión tan amplio que corresponde desmembrarlo en las siguientes categorías que —sin perseguir una jerarquía específica— sí resulta necesario reconocer su naturaleza de forma puntual: esfera psicológica, esfera social, sentimental y familiar, y esfera laboral.

2.5.1. Esfera psicológica

El culto a la belleza y a la armonía de la imagen que proyecta el rostro es una realidad innegable dentro de la sociedad. Tan idealizada se encuentra la imagen de una persona que incluso se ha llegado a pensar que es un factor determinante para alcanzar el éxito laboral, la aceptación en círculos sociales determinados e incluso indispensable a la hora de escoger una pareja sentimental; temáticas que se ampliarán en secciones posteriores. El rostro es aquella imagen distintiva que todas las personas poseen y de la cual no es posible alejarse; porque incluso con los esfuerzos quirúrgicos a los que el rostro se ve sometido cuando se trata de embellecer, enaltecer o disminuir ciertos rasgos, la modificación total de la esencia del rostro es inútil. No obstante, debido a la evolución de la ciencia estética quirúrgica, no es posible desconocer el

66 Ibid., Francisco J. Fama, *Parte C*, 248.
67 García, Pedro Martín. *La deformidad,* (Barcelona, Ministerio de Justicia de España, s.f.), 6.
68 Ibid.
69 Ibid.
70 Ibid.

hecho de que en la actualidad ocurren restauraciones milagrosas, pero al mismo tiempo imposibles de acceder para el 99.9% de la población femenina mundial.

Cuando el rostro de la víctima se ve afectado y lesionado directamente, la persona sufre un impacto psicológico indeseable y con el que difícilmente el resto de las personas se puede identificar si no lo han vivido en carne propia. Sin embargo, las consecuencias psicológicas de las lesiones estéticas en el rostro de la mujer son definitivamente un campo delicado y de difícil estimación, tomando en cuenta que no todas las víctimas presentan las mismas consecuencias, como tampoco son de la misma gravedad.

Ante una nula o gravemente deteriorada apreciación de la propia imagen física, la aceptación de la lesión y del nuevo estado del rostro de la víctima es poco probable. De hecho, ocasiona en ella, vergüenza y autocrítica constante, motivadas por un rechazo social que puede venir de alguien en específico como un familiar cercano, un amigo íntimo, una pareja sentimental, un compañero de trabajo, o bien, tratarse de un rechazo generalizado dentro de la comunidad en la que esta se desenvuelve. La lesión estética en el rostro tiende además a provocar una disminución en la autoestima de la víctima, así como una serie de problemas psicológicos cuyo origen no es congénito ni inherente a la persona, sino que tiene un carácter circunstancial y permanente por el trauma psicológico que causa la lesión. Entre dichos problemas o desordenes psicológicos, se encuentran con frecuencia: estrés postraumático, ansiedad, depresión e incluso conductas suicidas.

2.5.2. Esfera social, sentimental y familiar

En la esfera social, el panorama es ciertamente desalentador, pues en muchos casos se produce un alejamiento por parte de los círculos cercanos a la persona, debido al cambio de imagen previamente establecida por sus familiares y más personas allegadas, lo cual puede ser advertido por la víctima como un rechazo. Este alejamiento —aunque inconsciente— se vería reflejado en una disminución considerable de la vida social, distanciamiento de amigos, potenciales parejas no prosperarían, entre otros.

Dentro de la esfera social resaltan otras categorías como la sentimental y familiar, cuya importancia se debe advertir. En este estudio, la lesión estética en el rostro de la mujer proviene de un contexto de pareja, y a su vez, afecta a ese mismo contexto. De no trabajarse en un apropiado y oportuno tratamiento psicológico, primero para evitar —o bien, aminorar— los problemas psicológicos que conlleva la lesión, la víctima no lograría realizarse nuevamente en el plano sentimental y truncaría posibles futuras relaciones. Debe hacerse notar

que la mujer en cuestión no es culpable, bajo ningún punto de vista, ni del hecho delictivo del que fue víctima ni de sus consecuencias. Este suceso es algo que ella no provocó.

En el proceso de aceptación de su propia imagen en el que se encuentra la víctima, la sociedad tiende a no alentar a la resiliencia; todo lo contrario, entorpece aquel camino con un repudio constante porque la imagen de ésta última no se alinea con los llamados estereotipos de belleza. Por esto, es necesario trabajar en el contexto social, familiar y sentimental a fin de que sea el propicio para un correcto restablecimiento de la víctima y, en lo posible, para que retorne al estado en el que se encontraba su vida social antes de la lesión.

2.5.3. Esfera laboral

Calificativos como "buena presencia" aparecen con lamentable frecuencia en diversas ofertas laborales. Es entonces esta necesidad de una buena presencia —sin saber con exactitud a qué se refiere esto— un indicio de la acogida que tendrá una persona víctima de una lesión estética en el rostro, en el plano laboral. Podrían existir entonces dos posibles dificultades, igual de lamentables; inconvenientes para conservar el empleo que ya poseen y, de no tenerlo, un conflicto para conseguir uno. En este punto, se debe hacer énfasis en que no importa a qué se dedique la víctima, el perjuicio siempre será el mismo. Aquella dificultad para mantener o conseguir un empleo representa además un perjuicio económico por reducir los ingresos de la víctima.

2.6. Reparación

2.6.1. Daño estético

El daño estético, también llamado daño biológico o físico, es "toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal, aunque no sea desagradable ni repulsiva. El desvalor ínsito al daño estético no es únicamente lo feo, deformante, repugnante o ridículo; sí, además, lo extraño, raro, anormal e, inclusive, lo distinto con relación a la presentación física anterior al hecho".[71]

En este orden de ideas, resulta necesario reconocer que el bien jurídico lesionado en el daño estético provocado por las lesiones en el rostro de la mujer, es principalmente la salud de la víctima que, en su amplio sentido, contempla dos componentes: el físico y el psíquico. El caso de la salud física, en la medida

71 Leonardo Colombo, *Comentarios al Código Civil* (Rosario: Revista Themis, 1990,), p. 29.

que se vulnera el derecho a la integridad física o corporal de la víctima y, en el de la salud psíquica, por el menoscabo espiritual y psicológico que sufre la misma.

Dado que el daño estético *per se* no es un tipo de daño o rubro indemnizatorio autónomo reconocido por nuestra legislación, es necesario ubicarlo dentro de los dos tipos de daños macro presentes en la ley ecuatoriana: daño económico o patrimonial y daño extraeconómico o extrapatrimonial. En un primer momento se pensaría que la lesión estética por su naturaleza únicamente podría ser ubicada dentro del daño extrapatrimonial y a su vez dentro del daño moral; sin embargo, se considera que existen circunstancias en las que las lesiones estéticas pueden ser también resarcidas por daño patrimonial, sobre lo cual se tratará más adelante. Además, conviene tener presente que, según sea el caso, la lesión a un mismo bien puede afectar a más de un interés, como puede ser —al tiempo— el interés patrimonial y el interés extrapatrimonial.

2.6.2. Lesión estética y daño extrapatrimonial (extraeconómico)

La lesión estética causa por su naturaleza un daño extrapatrimonial o extraeconómico direccionado —en este caso— a la persona, dado que son "perjuicios que consisten en un interés no susceptible de avaluarse en dinero".[72] El daño biológico, físico o estético, por vulnerar el derecho a la integridad física o corporal de la persona se encuentra fuertemente vinculado con uno de los conceptos principales, sin embargo no el único, que concierne al daño extrapatrimonial, el *pretium doloris,* que se relaciona directamente con los efectos de los daños corporales, "así, el dolor de las heridas y el tratamiento médico, la pérdida de los sentimientos de valía personal o en medio determinado y el impacto que esto acarrea para la persona que lo sufre, han sido indemnizados sin demasiadas disquisiciones sobre su otorgamiento".[73]

En este sentido, el límite del *pretium doloris* con el fin de ser resarcible, es por el daño extrapatrimonial que representa, en este caso por la vulneración del derecho a la integridad física o corporal y se pretende dar una apreciación al dolor que causa el daño corporal. Dentro del daño extrapatrimonial, conviene ser enfáticos en el nexo manifiesto que existe entre el daño moral —piedra angular del daño extrapatrimonial— y la lesión estética en el rostro.

72 Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Contractual.* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012), 225.
73 Marcelo. Barrientos Zamorano, "Del daño moral al daño extrapatrimonial: La superación del *pretium doloris*". *Revista Chilena de Derecho, vol. 35 Nº 1*, (abril, 2008), p. 92.

2.6.2.1. Lesión estética y daño moral

Tal y como se desarrolló en epígrafes anteriores, toda lesión estética y específicamente aquella ubicada en el rostro, "importa un dolor o sufrimiento en la víctima que debe ser indemnizado".[74] En este sentido, la lesión ha provocado en el sujeto una "situación desventajosa anímicamente respecto al estado anterior"[75] y esto se indemniza en tanto y en cuanto el daño moral sea resultado próximo de la acción ejecutada por el agresor (lesionar) y sea posible establecer el vínculo causal (o al menos aproximarlo) entre ambos. El daño moral provocado por la lesión estética puede resultar inconmensurable, por lo que debe ser cuantificado a prudencia del juez con una justa noción de la magnitud de la afectación, ya que no es posible dotar de un valor predeterminado o específico a un agravio moral, que deviene de los sufrimientos y mortificaciones provocados a la víctima; o a un daño psíquico o psicológico que difícilmente es posible comprender o identificarse empática o moralmente; o más cercano todavía, a un daño físico, biológico y estético, cuyo menoscabo de una u otra región del rostro no tiene precio.

El Juzgador deberá entonces hacer lo propio al descomponer los rubros de valoración de la indemnización del daño moral cuando se trate de una lesión estética, para que esta valoración responda a la magnitud del menoscabo causado y para que sea más precisa para resarcir a la víctima. Cuando se trata de daño moral y su cuantificación, con frecuencia dentro de los Tribunales no se acostumbra a distinguir circunstancias específicas del daño, como la lesión estética en el rostro ni los diversos agravantes que la aquejan como situación de violencia contra la mujer por parte de la pareja; y existe la tendencia a imponer indemnizaciones globales y poco detalladas.

2.6.3. Lesión estética y daño patrimonial (económico)

La presencia del estrecho vínculo entre la lesión estética y el daño patrimonial es quizá más evidente de lo que parece. Cómo bien se sostuvo previamente, el daño estético consiste en "cualquier desfiguración producida por las lesiones, sea o no subsanable quirúrgicamente".[76] Esta lesión estética puede a su vez "traducirse en un daño patrimonial cuando incide en las posibilidades económicas del lesionado"[77] y no solo bajo el entendido de que la víctima lucre de su rostro o que su presencia física le imposibilite acceder a un puesto de trabajo, sino que el menoscabo en su estado de salud —en general— no le permita trabajar, obtener ingresos económicos, y obviamente, sobre los costos que re-

74 Fernando Vázquez Ferreyra, *Daño a la estética de la persona.* Comentarios al Código Civil. *Revista de Derecho Themis*, 9, 1990), 65.
75 Ibid.
76 Ibid.
77 Ibid.

presentan honorarios médicos, gastos farmacológicos y de intervenciones quirúrgicas, todo lo cual, tiene un especifico y completamente demostrable costo.

Cuando la lesión estética afecta las posibilidades económicas de la víctima, se estaría deduciendo entonces que vulnera un interés patrimonial y, por ende, da lugar a la indemnización de un daño de esta naturaleza. Esto último puede ser visto desde algunas esferas:

> [E]n una sociedad en la que la belleza física se valora notablemente, en la que la presentación personal abre las puertas de ingreso a diversas actividades, no puede perderse de vista el perjuicio económico que puede presentar la lesión estética. Ya sea como lucro cesante o bien más hipotéticamente como pérdida de chances laborales.[78]

Asimismo podría darse la circunstancia en la que existe una evidente desventaja por parte de la víctima cuando se trata del desempeño de determinadas actividades o tareas, así como para su posible elección para ocupar un cargo en concreto.

Si bien es cierto, cuando se trata de fijar la cuantía de la indemnización de un daño patrimonial se debe necesariamente valorar circunstancias del caso concreto como sería la situación de violencia hacia la mujer por parte de su pareja, en la cual a pesar de resultar indiferentes singularidades como la edad, profesión, estado civil, belleza anterior, etc.; no es indiferente el sexo, que en este caso debe necesariamente tratarse de una mujer. Ya que "no es lo mismo la lesión en el rostro de la bella modelo publicitaria que en el del obrero industrial",[79] en este caso, se debe cuantificar para la reparación por parte del agresor, la cantidad de ingresos que la víctima dejó de percibir durante su recuperación médica, así como lo que dejó de percibir (o que evitó que se llegue a percibir) a partir del hecho dañoso.

En este punto, procede afirmar que una lesión estética que produce un daño patrimonial, en la mayoría de las ocasiones, produce también un daño moral. En ambos casos, por regla general resarcibles, pero no de igual facilidad para ser cuantificados; en efecto, el daño patrimonial no representa mayor dificultad en cuanto a la determinación de su monto, pues puede estar reforzado por pagos de honorarios profesionales a médicos, facturas de medicamentos, facturas de gastos hospitalarios, etc. Esto no ocurre en el caso del daño moral o extrapatrimonial tal y como en líneas anteriores se indicó, en el sentido de que dependen de una apreciación subjetiva del Juzgador y del sufrimiento causado a la víctima que no en todos los casos es el mismo, verbigracia, la personalidad, el entorno social y familiar de la víctima. Por lo tanto, además

78 Ibid., 64.
79 Ibid.

de que el daño patrimonial es indemnizable por su naturaleza, no existe objeción alguna en que la víctima pueda acumular la indemnización tanto del daño patrimonial ocasionado, así como la afectación moral que le ha causado la lesión estética.

2.6.4. Reparación integral

El respeto imperante hacia el derecho a la integridad personal se encuentra establecido en el primer inciso del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".[80] Las lesiones estéticas en el rostro vulneran directamente el derecho a la integridad física, psíquica y moral de la víctima, de tal modo que, cabe la presencia consecuente de la reparación integral.

La reparación integral en *stricto sensu* consiste en el "restablecimiento del individuo a la misma situación en que se encontraba antes del acto ilícito".[81] Cabe recalcar que el concepto de reparación integral se debe construir y percibir "desde la premisa de que el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere un complejo diseño de medidas de reparación que tiendan, no sólo a borrar las huellas que el hecho anti–convencional ha generado, sino también comprensivo de las medidas tendientes a evitar su repetición".[82] De tal forma que la reparación revista no sólo medidas e intereses patrimoniales, sino también extrapatrimoniales, con especial énfasis en la satisfacción de los intereses de la víctima, es decir, la mujer.

La reparación integral incluye las siguientes modalidades: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición.[83] Para fines de este trabajo las que más se relacionan con las circunstancias que nos competen son la indemnización, el daño al proyecto de vida y las medidas de satisfacción y no repetición.

La restitución o restablecimiento solamente puede darse en los casos y circunstancias cuando sea posible que el bien o interés lesionado, vuelva al mismo estado anterior en el que se encontraba antes de la afectación. Evidentemente, cuando se trata de lesiones estéticas en el rostro —al igual que ocurre en innumerables otras violaciones a los derechos humanos— no es posible esta restitución ni material ni físicamente. El pleno restablecimiento del rostro

80 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 7 de noviembre de 1996, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1993. Art. 5 numeral 1.

81 Julio José Rojas Báez, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2008. https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf.

82 Andrés Javier Rousset Siri. "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Internacional de Derechos Humanos, ISSN 2250-5210, Año I – No. 1, (Falta mes,* 2011,), p. 65.

83 Ibid.

al estado en el cual se encontraba previo a la agresión no ocurre. A pesar de esto último, por la naturaleza del bien afectado, "la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria".[84]

A la luz de lo anterior, la indemnización tiene como objeto la fijación de un justo monto indemnizatorio o de compensación pecuniaria; esto no pretende constituir una sanción para el agresor, sino que busca reparar —en la medida de lo posible— las consecuencias que ha provocado este. Adicionalmente, cuando se trate de una indemnización pecuniaria a la víctima, también incluirá, en la mayoría de los casos, "lo relativo al daño moral, así también el daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos como también lo ha denominado la Corte IDH en su jurisprudencia".[85]

La afectación o daño al proyecto de vida, es quizá una de las formas de reparación que mayor compatibilidad posee con las lesiones estéticas en el rostro. Dado que "atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".[86] Más específicamente, procura que la víctima logre insertarse nuevamente en las circunstancias de su vida, en la medida de lo posible, con normalidad, en esferas como la social, sentimental, familiar, laboral, etc. Esta modalidad de reparación es quizá la más complicada de perseguir porque, ultrajado el desarrollo personal, físico y psicológico, se modifica la vida de la víctima y pierde a su vez validez la garantía de reclamo que todo ciudadano posee, haciendo además del sistema de control judicial, un mecanismo ineficaz. De tal forma que, existiría por parte de la víctima una indefensión ambivalente, en su medio íntimo que se vio lesionado, así como también en la respuesta vana y estéril que recibe del Estado. Además, persiste aún la duda en torno a la cuantía y forma de pago de este tipo de daño, porque su cuantificación y ubicación de criterios de valoración, son aún inexactos; terminan siendo siempre de carácter pecuniario por sobre un daño muchas veces irreversible. Y es que, "lo criticable, no es la controversia irresoluta sobre si se debe compensar en dinero o no, sino justamente la falta de caracterización, lo que ha llevado a que en ocasiones se lo confunda como un elemento integrante del daño moral".[87] Sin embargo, lo que sí se debería perseguir es que además de las compensaciones pecuniarias, también la reparación integral cuando se trate de un daño al proyecto de vida, debe traer consigo otras prestaciones que logran aproximarse a la reparación ideal para cada caso en específico.

84 Ibid.
85 Ibid., 66.
86 Ibid.
87 Ibid., 71.

En tanto y finalmente, las medidas de satisfacción y no repetición, "poseen un enorme poder de reparación que trascienden lo material y apuntan según palabras de la Corte a: "… el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones (…)".[88] Las medidas de satisfacción y no repetición son el eje central y más desarrollado de la reparación integral y a su vez, juegan papel importante en las lesiones estéticas en el rostro en el contexto de violencia contra la mujer, por su fuerte componente de género. Ninguna agresión o manifestación de violencia hacia la mujer puede pasar desapercibida, todas pertenecen a la misma jerarquía de importancia. Es por esta razón que se debe explotar el abanico de posibilidades que proporciona esta modalidad de reparación. De hecho, este trabajo presenta una medida de satisfacción y no repetición considerada la más idónea, la cual es la tipificación de las lesiones estéticas en el rostro como agravante del delito de lesiones en el contexto de violencia contra la mujer; de modo que se asegure la fijación de medidas por fuera de las clásicas indemnizaciones y de una concreta y congruente sanción hacia un hecho delictivo al que no se le ha dado la importancia que se merece.

2.7. Recomendaciones

A partir del estudio y análisis realizado, se ha logrado proponer las siguientes recomendaciones, en orden de aparición temática:

i. Se recomienda a la Legislatura la introducción de una reforma legal dentro del COIP, en la que se establezca como una circunstancia agravante a la lesión en el rostro de la mujer. causada por su pareja dentro de un contexto de violencia de género, siempre que dicha lesión provoque un daño estético identificable a simple vista y que desmejore la calidad de vida de la víctima.

ii. Se recomienda que, como medida procedimental, cuando se presente una lesión estética en el rostro de una mujer se lleve a cabo la primera evaluación y acercamiento médico por parte del experto; si posteriormente se llegase a corroborar que se trata de la presencia de un delito de lesiones y que este ocurrió dentro del contexto de violencia contra la mujer por parte de su pareja, el médico que realizó la evaluación no pueda fungir de perito en el proceso judicial, pues no califica como perito por dos razones fundamentales. Primero, dicho médico no puede evaluar ni realizar un peritaje de su propio informe. Esto no solo sería una falta a la probidad de la naturaleza de su profesión, sino que también, manejado errónea-

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia, 25 de noviembre de 2003, párr. 268.

mente, podría ser que este último con su informe pretenda influir maliciosamente en el dictamen judicial para obtener una sentencia específica, incurriendo así en fraude procesal. Segundo, el criterio de dicho médico ya se encuentra sesgado y carente de objetividad por su previo contacto y comunicación con la víctima y con las circunstancias de su lesión.

iii. Se recomienda que la lesión estética en el rostro deba ser investigada y juzgada con un criterio amplio, esto sin perjuicio de considerar las características que individualizan a cada caso concreto, las particularidades de la víctima, agresor y contexto. No es posible realizar un apropiado manejo del proceso si es que se lo pretende encasillar en límites estrechos que no se acoplan a la gravedad de la lesión, al nivel de violencia ejercida y a la característica de pareja de la víctima que tiene el agresor. Además, sin afán de caer en lo ortodoxo, debe influir la subjetividad de la situación dentro de la interpretación de la ley con respecto a la lesión infringida.

iv. Se recomienda que, además del resarcimiento patrimonial que deviene del daño estético como un rubro perfectamente demostrable por el costo que provoca, se incorpore el daño extrapatrimonial también como un componente para la fijación del monto pecuniario a exigir como resarcimiento, lo cual estará sujeto al criterio subjetivo de los o las juzgadoras y que no se entienda como una doble compensación, sino como un elemento de peso que asegure una indemnización plena pero no excesiva.

v. Se recomienda que, como parte del resarcimiento a la víctima, de ser el caso que ésta dependa económicamente de su pareja y agresor, se asegure el acceso expedito a una atención médica de calidad, así como a centros de salud especializados para el correspondiente tratamiento y rehabilitación de su lesión. Evidentemente, por ser una lesión estética se tiende a darle menor importancia que a una que ponga en riesgo la vida. Sin embargo, cuando la víctima se encuentre fuera de riesgo sí se le debe dar la oportunidad de acceder a este tipo de atención para su proceso de recuperación dado que se entiende que, sin este apoyo económico, no podría hacerlo. Del mismo modo, se debe garantizar a la víctima el contar con la asistencia y el tratamiento psicológico que corresponda, a fin de estabilizar su condición psíquica y que, de ese modo, pueda superar el efecto traumático de la agresión y recupere su calidad de vida.

3. Conclusión

En conclusión, se ha comprobado que tipificar en el COIP a las lesiones estéticas en el rostro como una circunstancia agravante al delito de lesiones en el

contexto de violencia contra la mujer, es el medio más idóneo para sancionar a este tipo de lesiones. De tal forma que cubriría a cabalidad la deficiente respuesta y escasa atención que se les ha dado hasta ahora, visibilizaría la angustiosa realidad de las víctimas y de sus familias, no dejaría en la impunidad a agresores y potenciales agresores y, por último, pero no menos importante, lograría el reconocimiento de la dignidad de las mujeres y su integridad física, no sólo en consuelo de su aflicción, sino que en cumplimiento de sus derechos como víctimas, como mujeres y como personas.

La aplicación del agravante cobra importancia y es únicamente posible cuando se trate de un contexto de pareja debido al grado de proximidad e intimidad entre los sujetos; más no en otro tipo de circunstancias tales como riñas callejeras o delincuencia organizada, donde no media una problemática de género ni de violencia intrafamiliar.

A lo largo del desarrollo de este trabajo se pretendió exhibir que es inconcebible que por "cortar la cara",[89] los expedientes judiciales de nuestro país se sigan empañando con violencia contra las mujeres por parte de quizá su semejante más cercano, su pareja.

El menoscabo que se produce a la mujer con la lesión estética no sólo es en el rostro de ella, sino que se encuentra plasmado en los rostros de todos los casos impunes, de dolor y recordatorio constante de un episodio fatídico cuyo único aplacamiento se dará si existe un reconocimiento y sanción oportuna por parte de la ley. No se debe desaprovechar esta magnífica oportunidad que el legislador ecuatoriano tiene al alcance de sus manos, para proteger y hacer cumplir a rajatabla los derechos de un grupo, que aún al ser imprescindible, sigue siendo el más vulnerable.

89 Locución utilizada únicamente para fines de la expresión, sin perjuicio de toda la gama de tipos de lesiones estéticas en el rostro existentes.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores?

The Intervention of Private Subjects in the Crime of Embezzlement of Official Property by a Public Official: Joint Perpetrators?

Juan Nicolás Cevallos Vallejo*
Kenny Jossue Espín Duque**

Recibido / Received: 30/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2192

Citación:
Cevallos Vallejo, J.N., Espín Duque, K.J. « La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores?». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 237 - 258, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2192

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jncevallos@estud.usfq.edu.ec / nicolascevallos17@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7414-7118

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: kjespind@estud.usfq.edu.ec / kenny.josue@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4071-3542

Resumen

El peculado es uno de los delitos más controvertidos en el ámbito del Derecho Penal ecuatoriano. Se encuentra tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, su relevancia se encuentra fundamentalmente en dos aspectos: la calidad del sujeto activo y el bien jurídico que protege. Para estudiar el tema materia de este artículo, primero es necesario definir otros conceptos que son de suma importancia para la comprensión de este trabajo, tales son el sujeto activo calificado, la autoría, coautoría, cómplices y la comunicabilidad de las circunstancias. Esto permitirá entender que, a pesar de que se exige cierta calidad al sujeto activo para ser considerado autor del delito de peculado, no se puede dejar sin castigo o con una pena menor a la persona que, sin la calificación exigida por el tipo, interviene con actos principales para su consumación. Sin embargo, la complejidad del tema lleva a que sea necesario observar dos figuras de suma relevancia que son: el *intraneus* y *extraneus.* Ambas contribuirán a la profundización del análisis que, en conjunto con el sustento de la jurisprudencia ecuatoriana, justificarán la relevancia que tiene el tema expuesto. Por lo que en el desarrollo de este ensayo se expondrán los diferentes criterios jurisprudenciales utilizados por las diferentes cortes y tribunales ecuatorianos para condenar al privado como coautor del delito de peculado, a pesar de no tener la calificación requerida por el ilícito.

Palabras clave

Sujeto activo calificado; autor; coautor; administración pública; peculado; *intraneus; extraneus;* Código Orgánico Integral Penal

Abstract

Embezzlement of official property by a public official is one of the most controversial crimes in the field of Ecuadorian Criminal Law. It is typified in Article 278 of the Organic Criminal Code and *its relevance is fundamentally in two aspects: quality of the active subject and the legal asset that it protects. In order to assess the subject of this article, it is first necessary to define other concepts that are of utmost importance to understand this essay such as*: *qualified active subject, perpetrator, joint perpetrator, accomplices and the communicability of the circumstances. This will allow us to comprehend that, although a certain quality is required from the perpetrator to be considered an author, the person without the qualification required by the type, who sometimes intervenes with essential acts for its consummation, cannot be left unpunished or with a lesser penalty. However, the complexity of the subject makes it necessary to observe two highly relevant figures*: *the intraneus and extraneus. Both will contribute to the deepening of the analysis which*, *together with the support of the Ecuadorian jurisprudence*, *will justify the relevance of the exposed subject. Therefore, throughout this essay the different jurisprudential criteria used by the different Ecuadorian courts and tribunals to convict the pri-*

vate party as co-perpetrator of the crime of embezzlement despite not having the qualification required by the crime, will be exposed.

Keywords

Perpetrator with special characteristics; perpetrator; joint perpetrator; public administration; embezzlement of official property by a public official; intraneus; extraneus; Organic Criminal Code.

1. Introducción

Desde el 1 de marzo hasta el 31 de agosto del 2020, las noticias de delitos que llegan a fiscalía o aquellas investigaciones que se inician de oficio sobre el delito de peculado, tuvieron un incremento del 25.1% con respecto al período comprendido entre septiembre del 2019 y febrero del 2020.[1] Esto demuestra que la comisión del delito de peculado se ha incrementado en el Ecuador. Lo cual, sin duda alguna, trae enormes efectos negativos en la sociedad ecuatoriana.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su resolución 1/18 sobre corrupción y Derechos Humanos, señala que: "La [l]a corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales"[2] y afecta: "en particular a las poblaciones y grupos en condición de mayor vulnerabilidad".[3] Por lo anterior, la lucha contra la corrupción es uno de los objetivos más importantes que deben tener en cuenta los gobiernos en el presente, pues esta no solo afecta a las arcas del Estado, sino que tiene una repercusión directa sobre los derechos de los ciudadanos.

El delito de peculado es una de las varias formas en las que se comete corrupción. En este delito no solo intervienen funcionarios públicos, sino que muchas veces, para su realización, es necesaria la intervención de sujetos privados que no ostentan la calidad de funcionario oficial. Por esta razón, la lucha contra la corrupción no debe ser dirigida únicamente contra los funcionarios públicos, sino que esta debe ampliarse hacia los sujetos privados que intervienen y facilitan la comisión de este tipo de ilícitos. Pero no es tan simple, pues existe una discusión respecto a la intervención de los sujetos que no ostentan la calificación exigida por el tipo penal de peculado, en la ejecución del ilícito. Esto se debe a que el peculado, al ser un delito de sujeto activo calificado, en

1 Mario Alexis González, "Peculado y concusión entre los delitos que crecieron durante la pandemia". Primicias, 2020. https://www.primicias.ec/noticias/politica/corrupcion-delitos-aumenta-emergencia/
2 Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018, 6.
3 Ibid.

principio restringe la comisión de este a los funcionarios públicos. Sin embargo, el no condenar como coautores o condenarlos como simples cómplices, sería dejar en la impunidad a los sujetos privados que participan de manera principal y directa en la comisión del peculado.

Las diferentes cortes y tribunales de nuestro país, en su mayoría, han determinado que los sujetos privados que contribuyen de manera principal en la comisión del delito de peculado sí pueden responder y ser condenados como coautores de este. No obstante, los argumentos y las teorías que usan para justificar estas decisiones varían entre sí, por lo que es necesario realizar un análisis sobre estas y determinar si son o no adecuadas las decisiones que han adoptado.

2. El sujeto activo y el pasivo

En primer lugar, es importante distinguir el concepto de sujeto y el de autor, dentro del ámbito penal. El primero tiene que ver con las personas que efectivamente concurren en la comisión de un delito, sea de manera activa o pasiva.[4] Por otro lado, el segundo concepto hace referencia al grado y calidad de participación de esas personas en la comisión del delito.[5] A pesar de que ambos conceptos están sumamente relacionados, cada uno tiene fines distintos dentro de la teoría del delito. Se puede afirmar que tienen un orden cronológico, en cuanto a que primero se deben determinar los sujetos que intervienen en la comisión y luego su grado de participación en el delito.

Una vez explicada la diferencia entre ambos conceptos, es necesario analizar a profundidad los conceptos de sujeto activo, sujeto pasivo y la relación intrínseca que tienen en los distintos tipos penales. Al respecto, Díaz-Aranda menciona que:

> El sujeto activo es aquel que realiza la conducta que normativamente se considera como prohibida, sea de acción o de omisión, mientras que el sujeto pasivo es aquella persona o ente cuyo bien jurídico protegido fundamental ha sido lesionado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto activo.[6]

Al respecto, la doctrina nacional también se ha encargado de definir estas figuras, permitiendo una mayor comprensión. Ernesto Albán trata de manera más técnica ambas figuras y define al sujeto activo como: "[…] el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena corres-

4 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General* (Quito: Ediciones Legales, 2018), 108-109.
5 Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito* (Quito: Editorial Cevallos, 2019), 240-241.
6 Enrique Díaz-Aranda, *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014), 46.

pondiente".[7] Además, agrega otros factores importantes a tomar en cuenta como que el agente puede ser uno o varios individuos, también en qué forma y grado participa en la realización del delito y que en el ámbito del proceso penal este es el imputado.[8] Esto nos permite ver la especial importancia que tiene esta figura dentro del derecho penal sustantivo, ya que incluso muchos tipos penales –como en los denominados delitos especiales– es determinante la calidad del sujeto activo. Por otro lado, respecto al sujeto pasivo es necesario mencionar que no se debe asociar siempre con la víctima, porque puede ser que en ocasiones este concepto no coincida con el del sujeto pasivo.[9] Respecto a esta última figura, no existe mayor dificultad en su identificación o determinación en el delito; como quedó evidenciado anteriormente, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal.

3. Sujeto activo calificado

Como se mencionó en el párrafo precedente, existen ciertos delitos denominados delitos cualificados o especiales, en los que el tipo exige que el sujeto activo sea calificado. Por sujeto activo calificado se debe entender que son aquellos: "sujetos revestidos de una especial cualidad fundante que les identifica y distingue de los demás".[10] Lo que particulariza a esta figura es que el sujeto activo debe tener las características determinadas por el tipo penal por lo que, en principio, no cualquier persona puede cometerlo.

4. Conceptos de autor directo, coautoría y cómplice

4.1. Autor directo

El primer concepto por determinar, para efectos de este trabajo, es el de autor directo. El Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) define al autor directo como aquel que comete: "la infracción de una manera directa e inmediata".[11] La definición que provee el legislador ecuatoriano es insuficiente, pero es necesario tomarla en cuenta. Entonces, autor directo sería quien ejecute la totalidad de los elementos del tipo penal. Zaffaroni señala que es el "ejecutor"[12] y quien tiene el "dominio de la acción".[13] Una definición más clara de autor directo es la que provee Roxin, quien señala que: "es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito".[14] Es decir que el

7 Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General,* 108.
8 Para más información, ver Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General,* 108.
9 Para más información, ver Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General,* 109.
10 Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo II* (Madrid: Editorial Tecnos, 2013), 31.
11 Artículo 42, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
12 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal Parte General Segunda Edición* (Buenos Aires: EDIAR, 2002), 777.
13 Ibid.
14 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II* (Madrid: CIVITAS, 2014), 69.

autor directo es quien tiene el dominio del curso causal y ejecuta la totalidad del delito por sí mismo.

4.2. Coautoría

Existen dos tipos de coautoría, la paralela y la: "caracterizada por el dominio funcional del hecho".[15] En este caso únicamente se definirá la coautoría funcional. La coautoría funcional consiste en la "división de tareas"[16] en la fase de ejecución del delito. A diferencia de lo que ocurre con la autoría directa, en la coautoría el delito: "se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes".[17] Es decir que en la coautoría son varios los sujetos intervinientes que aportan de manera principal a la ejecución del ilícito. Zaffaroni menciona que existen dos elementos de la coautoría. El elemento subjetivo, el cual es: "la decisión común al hecho"[18] y el elemento objetivo que: "es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo".[19]

Este concepto se encuentra tipificado en el artículo 42 numeral 3 del COIP, el cual señala que son coautores: " "[q]uienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción".[20] La definición del COIP es muy acertada pues, para que exista coautoría, es necesario que la división del trabajo se realice en la fase ejecutiva del delito (no en la preparatoria)[21] y que los actos realizados por el coautor sean principales. Es decir que sin ellos no se hubiese podido realizar el delito.

4.3. Cómplice

El COIP tipifica en el artículo 43 que: "responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que, aun sin esos actos, la infracción se habría cometido".[22] Con esta definición que brinda el Código, queda claro que los cómplices son aquellas personas que ayudan a que el injusto se ejecute. La relevancia se encuentra en que los actos cooperativos que realizan son secundarios, a diferencia del coautor (que ejecuta actos principales). El coautor funcional es necesario para la ejecución de la infracción pues ejecuta una parte de la totalidad de la infracción. En

15 Zaffaroni, *Derecho Penal,* 785.
16 Ibid.
17 Ibid.
18 Ibid.
19 Ibid.
20 Artículo 42 numeral 3, COIP.
21 Ver, Claus Roxin, *Derecho Penal,* 151.
22 Artículo 43, COIP.

cambio, los cómplices facilitan el cometimiento del ilícito, mas no influyen de manera directa en el mismo y, por lo tanto, si fuesen sacados de escena, el ilícito igual se cometería.

5. Los delitos contra la eficiencia de la administración pública

En Ecuador, el Capítulo Quinto del COIP denominado "Delitos contra la responsabilidad ciudadana" tipifica, en su sección tercera, a los delitos contra la eficiencia de la administración pública, desde el Art. 278 hasta el Art. 294. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), en su Art. 227, sostiene que: "la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación".[23] Este servicio lo ejecuta el Estado a través de los servidores públicos, quienes deben ejercer con sujeción a los principios que menciona el artículo citado. En este sentido, unos artículos más adelante, en el segundo inciso del artículo 233 se establece que:

> Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. **Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas** (énfasis añadido).[24]

Este artículo es esencial para el presente análisis. En el inciso anterior existen varios temas que vale la pena analizar brevemente. En primer lugar, la última frase es la base de la cual se parte para realizar el estudio jurídico y sostener una determinada posición frente a un tema en el cual existen diversos criterios. A lo largo de los años, se ha discutido en muchos Estados el grado de participación que debe tener el *extraneus* en este tipo de delitos. En Ecuador, los criterios jurisprudenciales han variado, otorgando distintos niveles de participación al interviniente que no posee la calificación requerida por el tipo. Por otro lado, este inciso también prescribe el juzgamiento en ausencia, un tema que ha sido motivo de una abundante discusión jurídica, pero que por las características del presente trabajo no será analizado.

Corresponde definir qué se debe entender por delitos contra la eficiencia de la administración pública. Podemos definir a estos delitos como conductas

23 Artículo 277, Constitución de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 449, de 20 de octubre de 2008.
24 Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

que lesionan el: "[...] poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas".[25] La existencia de este tipo de delitos muestra la estrecha relación que tiene el Derecho Penal con otras ramas, como el Derecho Administrativo. En estos injustos se puede distinguir e individualizar a los elementos del tipo en donde existirán: un sujeto activo calificado (*intraneus* y *extraneus),* el verbo rector (variará dependiendo del tipo que se trate), el sujeto pasivo (el Estado), el elemento subjetivo (doloso), el objeto material (dependerá de cada delito) y el bien jurídico protegido.

El sujeto activo calificado, y su división en el *intraneus* y *extraneus*, se analizará más adelante a detalle. En cuanto al verbo rector, como se mencionó en su oportunidad, este va a variar dependiendo del delito que se trate. Sobre el sujeto pasivo no existe discusión alguna, ya que en estos delitos quien resulta afectado de manera directa es el Estado. Finalmente, en este punto es importante entrar a analizar el bien jurídico que se protege.

Los bienes jurídicos protegidos pueden ser definidos como aquellos "intereses, individuales o sociales"[26] que merecen una protección por su trascendencia en el bienestar común de una sociedad y el respeto de los derechos individuales. Son aquellos bienes que tienen una importante relevancia en la vida del ser humano y, por lo tanto, existe un interés de protegerlos. Como ejemplos de estos bienes se encuentran: la vida, la libertad, la propiedad o la eficiencia de la administración pública.

La doctrina es uniforme al considerar que el bien jurídico común que se desea proteger en este tipo de delitos es la correcta y eficiente administración pública. Así, Rafael H. Chanjan sostiene que: "[l]os delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado 'correcto funcionamiento de la administración pública' […] no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública […]".[27] La doctrina italiana señala que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos: "es el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales, esto es, que el Estado pueda desarrollar, sin alteraciones, sus actividades [...]".[28] Es importante mencionar que cada injusto penal tiene su propio bien jurídico protegido concreto. Lo que busca la doctrina es desarrollar una definición integradora.

25 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Esepcial Tomo III,* (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2000), 26.
26 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*, 19.
27 Rafael H. Chanjan Documet, "El correcto Funcionamiento de la administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública", *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 38, no. 104 (enero - junio 2017): 137, https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210/6277.
28 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Esepcial Tomo III*, 27.

6. Peculado

Uno de los delitos más comunes y relevantes dentro de los ilícitos en contra de la administración pública es el peculado. Guillermo Cabanellas define al peculado como la: "sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración".[29] Para Cueva Carrión, el delito de peculado consistente en: "faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad".[30] A partir de las definiciones expuestas se desprende que un aspecto esencial de este delito es que el funcionario público decide obrar contrario a su deber de velar por los bienes que le han sido confiados.

En Ecuador este delito se encuentra tipificado en el artículo 278 del COIP y es uno de los más extensos. Para el propósito del presente trabajo, se ha puesto énfasis en analizar el primer inciso del delito, el cual prescribe:

> Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. […].[31]

El delito de peculado, en palabras sencillas, es aquella conducta ilícita en la que el funcionario público, arbitrariamente, decide utilizar de manera ilegítima dineros o bienes públicos para obtener un beneficio propio o de terceros.

Un elemento trascendental del tipo de peculado es el beneficio propio o de terceros que se obtiene a partir de la realización de la conducta ilícita. Si no existe el aprovechamiento o beneficio patrimonial del sujeto que realiza la conducta delictiva o de un tercero, la conducta sería atípica y no existiría peculado.

29 Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006), 355.
30 Luis Cueva Carrión, *Peculado Tomo I: Teoría, práctica y jurisprudencia.* (Quito: Ediciones Cueva Carrión. Kindle Edition, 2006), 1640.
31 Artículo 278, COIP.

7. Criterios jurisprudenciales para determinar la coautoría de personas sin la calificación de funcionario público

En los distintos casos resueltos por los tribunales de primera instancia, apelación o casación, existen diferentes argumentos o criterios que han sido utilizados para condenar como autores del delito de peculado a personas que no tienen la calidad de funcionario público. En los siguientes subtítulos se analizarán aquellos criterios que se consideran relevantes para efectos del tema.

7.1. El artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador

En diferentes ocasiones, los tribunales han sustentado la autoría de personas privadas que no tienen la calificación de funcionario público, argumentando que el artículo 233 de la CRE[32] extiende la responsabilidad a los privados y permite que sean condenados por estos delitos en calidad de coautores.

El uso del artículo 233 de la CRE como argumento para fundamentar la punición de privados en su calidad de coautores, se evidencia en el proceso número 17294-2018-00704, tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia de apelación emitida por la Corte Provincial. Este es un proceso seguido a un grupo de funcionarios públicos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (de ahora en adelante IESS) y a un privado por un supuesto peculado por la compra de insumos médicos con sobreprecios. Es importante señalar que, si bien las sentencias a ser analizadas no constituyen un precedente jurisprudencial obligatorio, son decisiones que contienen un análisis jurídico útil para el tema objeto de este ensayo.

Para efectos del presente análisis, se examinará únicamente la situación jurídica del procesado que no tiene la calidad de funcionario público, quien en primera instancia fue condenado como autor del delito de peculado[33], tipificado en el cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo

32 Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

33 Ver Causa No. 17294-2018-00704, Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 19 de noviembre del 2019.

257[34] del Código Penal (vigente al momento en que se cometió el delito).[35] En segunda instancia[36], el privado fue condenado como coautor del delito de peculado, tipificado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal[37], actual artículo 278 inciso primero del COIP.[38]

En primera instancia el tribunal de Garantías Penales de Pichincha, como ya se mencionó, condenó al privado, representante legal de la empresa que contrató con el IESS, en calidad de autor del delito de peculado por la venta con sobreprecio de equipos médicos. En la sentencia emitida por el Tribunal, al momento de analizar los elementos de la tipicidad objetiva del delito, con respecto al representante legal de la empresa, se señala que el sujeto privado favorecido por la contratación realizada en contra de disposiciones legales puede responder como autor calificado de conformidad con el artículo 233 de la CRE. Específicamente, el Tribunal argumenta que el artículo mencionado:

> [...] permite en este tipo de delitos extender la responsabilidad a particulares, doctrinariamente identificados como extraneus, pese a que el sujeto activo propio del tipo de peculado es el funcionario público intraneus, es decir quien comete "una infracción de deber positivo" respecto del bien jurídico cuidado y manejo de bienes y fondos públicos, permitiéndose que el extraneus se convierta "en un autor calificado por cuanto se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido, al mismo que solo tienen acceso ciertas personas habilitadas "relación de dominio" por la posición que detentan [...].[39]

Como es evidente, el Tribunal ha interpretado que el artículo 233 de la CRE, al prescribir que: "[e]stas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas", permi-

34 Art. 257-C.- La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

35 Conducta que ahora se encuentra tipificada como tráfico de influencias en el artículo 285 inciso segundo del COIP Art. 285.- El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público

36 Ver Causa No. 17294-2018-00704, Corte Provincial de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 21 de agosto de 2020.

37 Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

38 Art. 278.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

39 Causa No. 17294-2018-00704, Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 19 de noviembre del 2019.

te que la extensión de esta responsabilidad implica que terceros puedan ser condenados como autores de este tipo de delitos, aun cuando no detentan la calidad de funcionario público. Esta es una interpretación cuestionable, pues a través de un análisis diferente podría decirse que el artículo 233 de la CRE no está diciendo que los privados pueden responder como autores, sino únicamente que las reglas de imprescriptibilidad de la pena y acción penal en conjunto con la posibilidad de ser juzgados en ausencia son aplicables a las personas privadas que han participado (podría ser como cómplice), en la comisión del delito.

Sin embargo, no viene al caso realizar una crítica a la interpretación del artículo realizada por el Tribunal. Lo que atañe es entender que el Tribunal utiliza como argumento al artículo 233 de la CRE para concluir que esta norma permite que el privado se convierta en un "autor calificado"[40], y por lo tanto pueda ser sentenciado como autor del delito de peculado. Respecto a esto, dentro del mismo proceso, en la sentencia de segunda instancia el Tribunal de alzada (donde se sentenció por el inciso primero del artículo 257 del CP) señaló que:

> Por ello, el legislador -con la finalidad de no dejar impunes las conductas de los extraneus- consideró pertinente su inclusión en la CRE, permitiendo la intervención del derecho penal en las esferas de libertad de los particulares que participan en la comisión de delitos especiales, estableciendo la obligación de que todo ciudadano si no quiere ver restringido su ámbito de libertad, tiene la obligación de no dañar los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, en este caso, la "eficiente administración pública".[41]

En este caso, en una línea de argumentación similar, pero con un mayor análisis, la Corte Provincial de Pichincha ha señalado que para evitar la impunidad de los sujetos privados que no cuentan con la calificación de funcionario público, a través del artículo 233, se permite que sean condenados por este tipo de delitos. De acuerdo con la Corte, esto se debe a que los privados tienen el deber de no lesionar el bien jurídico de la eficiente administración pública. Además, la Corte Provincial señala que en el caso presente los infractores han actuado:

> [...] con actos principales y decisivos para la consumación de la infracción, unificando el pensamiento y la resolución punibles en la realización de hechos ligados íntimamente con la infracción y que han llevado a la ejecución, estableciéndose entre ellos un vínculo solidario frente al propósito de delinquir y causar los daños sancionados por la norma penal. En definitiva, se los reputa coautores por haber coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.[42]

40 Ibid.

41 Causa No. 17294-2018-00704, Corte Provincial de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 21 de agosto de 2020, párr. 91.

42 Id., párr. 90.

Con base en la cita precedente, la Corte ha determinado que el sujeto privado, que no detenta la calificación de funcionario público, responde como coautor del delito en vista de que ha cooperado de manera principal en la ejecución del mismo. En el caso específico, el privado ha proporcionado los insumos médicos con sobreprecio al IESS, siendo esto una parte esencial para la consumación del peculado.

Adicionalmente, dentro del proceso No. 17721-2017-00204, en el cual la Corte Nacional de Justica condenó como cómplice por el delito de concusión a un sujeto privado, se señaló que:

> [...] desde el año 2008, la CRE en su artículo 233, establece que terceros que participan en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, sin contar con la calidad de servidores públicos, también pueden ser juzgados por el cometimiento de tales injustos penales, lo cual, en doctrina se conoce como la participación del extraneus, esto es cuando un tercero, participa en un delito especial, como el que se juzga en el presente caso, por tanto, el procesado John Pólit Esteves, bajo las circunstancias jurídicas descritas, también cumple con la calidad de sujeto activo del delito de concusión.[43]

En este caso, John Pólit Esteves no tenía la calificación de funcionario público y la Corte consideró que "cooperó simultáneamente en las 'exigencias' del dinero"[44] y por lo tanto fue condenado como cómplice. Sin embargo, lo relevante de esta sentencia es que la Corte establece que la Constitución del 2008, en su artículo 233, amplifica la tipicidad de los delitos contenidos en dicho artículo, y la extiende hacia los sujetos privados que participan sin tener la calidad de funcionarios públicos. Entonces, se utiliza al artículo mencionado como argumento para determinar que los privados sí pueden ser sujetos activos de dichos delitos, y por lo tanto pueden responder como autores, coautores o cómplices, dependiendo de su grado de participación.

En la resolución de un recurso de casación dentro de la causa 414B-2010 (peculado bancario), conocido como el caso Filanbanco, la Corte Nacional de Justica, de manera similar a las sentencias ya citadas, expuso que:

En el caso de los delitos especiales, como ya se observó, el sujeto activo debe reunir ciertas calidades específicas, mas puede darse el caso de que participen en la ejecución del hecho punible personas que no reúnen tales calidades -empleados públicos-, que en el caso del Ecuador, por las Constituciones de 1998 y 2008, por el acto ejecutado, también lo puede ser una persona particular, conforme está determinado también en la norma.[45]

43 Causa No. 17721201700204, Tribunal de Garantías Penales, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, 20 de julio del 2018.

44 Ibid.

45 Causa No. 414B-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito

Una vez más, se observa como la Corte Nacional de Justica optó por determinar que la Constitución del 2008 permite que los sujetos que no detentan la calidad de funcionario público también pueden responder por el delito de peculado y, dependiendo de su grado de participación, podrían ser condenados como coautores de este.

Como se ha evidenciado a través de las sentencias citadas, el criterio jurisprudencial en el Ecuador ha estado dirigido a aceptar que los sujetos que intervienen en la comisión de peculado y que no tienen la calidad de funcionario público, sí pueden responder por el delito de peculado con base en lo prescrito por el artículo 233 de la Constitución.

Sin embargo, esta línea argumentativa ha sido objeto de algunas críticas. Por ejemplo, Jorge Zavala Egas, sobre la interpretación del artículo 233 de la CRE y la amplificación de la tipicidad, señala que:

> [...] es una interpretación carente de toda racionalidad jurídica. Es obvio que la norma constitucional se limitó a agravar la pena de los *extranei,* autores del delito común paralelo, equiparándola a la de los *intranei*, autores de esos delitos especiales, pero no convirtió a aquellos en «autores» de los mismos.[46]

Es importante tomar en cuenta un punto de vista contrario y crítico respecto a las líneas argumentativas que fueron expuestas. Como se observa, Zavala Egas critica la interpretación del artículo que amplifica la tipicidad del peculado y la extiende a los sujetos privados. Según él, el artículo 233 de la CRE únicamente se ha limitado a extender las reglas de imprescriptibilidad, juzgamiento en ausencia y las penas a los sujetos privados. Pero, de acuerdo con su criterio, la norma: "[...] no autoriza que los particulares sean imputados a título de autores de los delitos de peculado [...]".[47] A pesar de que la posición expuesta es sumamente interesante, esta implica la divisibilidad de la infracción penal y la aplicación de la pena del delito especial para el sujeto privado. Algo que no queda claro cómo funcionaría y podría acarrear ciertos problemas en la imputación.

7.2. Aplicación de la figura del *intraneus* y el *extraneus*

Como se observa en las citas tomadas de la sentencia de primera instancia dentro del proceso No. 17294-2018-00704, el Tribunal habla de la figura del *intraneus* y *extraneus*. Es importante realizar un análisis más profundo del

de la Corte Nacional de Justicia, 29 de octubre de 2014, pág. 60.

46 Jorge Zavala Egas, *Peculado general y bancario de un precedente jurisprudencial a un estudio dogmático del COIP* (Guayaquil: Murillo Editores, 2015), 146.

47 Jorge Zavala Egas, Peculado general y bancario, 138.

uso de estos términos para entender de mejor manera cómo el sujeto que no detenta la calidad requerida por el tipo penal puede responder como autor del delito de peculado.

Al respecto, el tratadista Felipe Rodríguez, en su libro *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II,* señala que, por regla general, si el autor no ostenta la calidad requerida por tipo penal, en este caso sería la de funcionario público, "no puede cometer el delito concreto".[48] Sin embargo, existen las ya mencionadas figuras del *intraneus* y *extraneus.* Rodríguez determina que: "*intraneus* es el sujeto calificado *per se"*[49], pero para poder hablar del *intraneus* propiamente, debe existir en la comisión del delito la participación de un tercero: "que no es sujeto activo calificado y que, por lo mismo, no puede quedar exento de responsabilidad, pues fue partícipe necesario o coautor".[50] Es importante acotar que, para la existencia del *extraneus*, es necesario que exista el sujeto activo calificado (*intraneus),* pero no viceversa; es decir que sí puede existir un *intraneus* sin la participación en los hechos de un *extraneus.*[51] Por lo tanto, el *extraneus* sería: "el sujeto activo no calificado que participa en el grado de coautoría con el sujeto activo calificado y que por **disposición normativa** [...], responderá en la misma calidad y gravedad que el sujeto activo calificado" (énfasis añadido).[52]

Cuando el autor escribe que el *extraneus* responde únicamente cuando existe una disposición normativa, se refiere a que debe estar expresamente prevista en la ley la posibilidad de que el *extraneus* pueda responder en la misma calidad que el funcionario público. Específicamente en el delito de peculado, Rodríguez señala que esta disposición normativa sería la parte del tipo penal, tipificado en el vigente artículo 278 del COIP, el cual prescribe: "en beneficio propio o de terceros".[53] En el artículo 257-C del Código Penal, tipo por el cual fue sentenciado en primera instancia el representante de la empresa, se encuentra una disposición normativa similar, la cual señala que: "se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas".[54] De igual manera, encontramos disposiciones similares en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, delito por el cual fue sentenciada la persona privada dentro del proceso analizado en segunda instancia; y en delito de tráfico de influencias en el artículo 285 inciso segundo del COIP.

Rodríguez explica en qué consisten las figuras de *intraneus* y *extraneus,* por lo que ahora compete entender su aplicación en la sentencia objeto de análisis.

48 Rodríguez, Curso de Derecho Penal Parte General, 225.
49 Ibid.
50 Ibid.
51 Rodríguez, Curso de Derecho Penal Parte General, 227.
52 Ibid.
53 Ibid., 228.
54 Artículo 257 C, Código Penal [CP], R.O. Suplemento 147, de 22 de enero de 1971, reformado por última vez R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

La Corte Provincial en el caso analizado, señala, respecto al *intraneus* y *extraneus,* que:

> Ambos ejecutan todos los actos necesarios para que la infracción pueda perpetrarse; el uno comienza la obra delictuosa y el otro la complementa, determinándose de acuerdo a su participación, distintos grados previstos en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, todos responden por el delito de peculado. En este tipo de delitos se admite la participación del extraneus que no ostenta esa obligación especial. Por consiguiente, los procesados que no tienen la investidura de servidores públicos son partícipes del delito de peculado, todos contribuyen a ejecutar el acto y se aprovechan de su resultado para sí o para terceros, si el intraneus junto con el extraneus realizan actos idóneos que concluyen en el delito de peculado, lo lógico jurídicamente hablando es que respondan por sus conductas ilícitas.[55]

De acuerdo con la cita recopilada de la sentencia condenatoria emitida por la Corte Provincial, se observa cómo el tribunal determina que si el *extraneus* contribuye de manera principal en la ejecución de delito y recibe un beneficio de este, debe responder por las conductas que ha realizado. De igual manera, la Corte Nacional de Justicia, en la resolución del recurso de casación ya citado, ha señalado que: "por mandato constitucional, el extraneus se encuentra en igualdad de condiciones que el intraneus en lo que se refiere al cometimiento del delito de peculado, de acuerdo claro está, con su grado de participación".[56] De igual forma, la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia de primera instancia, dentro del proceso 17721-2019-00029G por cohecho, menciona que los sujetos privados tienen: "su calidad de 'extraneus' que les otorga lo prescrito por el artículo 233 de la CRE".[57] Estas citas demuestran que la Corte Nacional también ha optado por considerar al sujeto privado como *extraneus* y que este sí puede responder como coautor de este tipo de delitos. En este sentido, la Corte señala que el privado se encuentra en una posición igual al funcionario público y que, en consecuencia, sí debe responder por el delito de peculado.

Lo que procede, una vez que se ha determinado que el *extraneus* sí puede participar de la comisión de un delito cualificado, es determinar su grado de participación. En el caso citado, la Corte Provincial ha determinado que existe:

> [...] un concurso de infractores que actúan con actos principales y decisivos para la consumación de la infracción, unificando el pensamiento y la resolución punibles en la realización de hechos ligados íntimamente con la infracción y que han llevado a la ejecución, estableciéndose entre ellos un vínculo solidario frente al propósito de delinquir y causar los daños sancionados por la norma penal. En definitiva,

55 Causa No. 17294-2018-00704, Corte Provincial de Pichincha, párr. 90.
56 Causa No. 414B-2010, pág. 60.
57 Causa No. 17721-2019-00029G, Tribunal de Garantías Penales, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, 26 de abril de 2020, pág. 362.

> se los reputa coautores por haber coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.[58]

Por lo tanto, acogiendo los acertados criterios del autor, la Corte Provincial y la Corte Nacional de Justicia; es perfectamente posible, con base en la figura del *extraneus,* que el privado que no detenta la calidad exigida por el tipo penal de peculado y ha realizado actos principales en la ejecución del tipo, responda en la misma calidad (coautor) que el funcionario público. Pues, carecería de lógica que el *extraneus* que ha realizado actuaciones indispensables para la comisión del ilícito y ha obtenido un beneficio de este, únicamente sea sentenciado, por ejemplo, como un cómplice, recibiendo una pena menor. Esto, evidentemente, dejaría en la impunidad la conducta del privado que carece de la calificación exigida por el tipo penal. Además, en los delitos que tienen lugar en el proceso analizado es evidente que el *extraneus* ha realizado una conducta sin la cual el delito no se hubiese consumado. Pues, en el caso mencionado, sin la participación del *extraneus*, hubiese sido imposible que la institución pública adquiera determinados insumos médicos con sobreprecio.

7.3. La comunicabilidad de las circunstancias

Un criterio distintivo utilizado en la jurisprudencia ecuatoriana para extender la responsabilidad penal de los particulares en el delito de peculado es la comunicabilidad de las circunstancias. Las circunstancias son aquellos "[..] accidentes, modalidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a algún hecho o acto".[59] En materia penal, las circunstancias cualifican a la conducta ilícita de tal manera que pueden agravarla o atenuarla.[60] Estas serían, por ejemplo, la reincidencia, la calidad de cónyuge de uno de los autores, y la más relevante para efectos de este ensayo: la calidad de funcionario público. La interrogante que surge en la doctrina, con respecto a la comunicabilidad de las circunstancias en aquellos delitos que requieren la calidad de funcionario público, en específico el peculado, es si las circunstancias se comunican entre los intervinientes o no. Es decir que en el caso de la comisión de un peculado donde ha intervenido un funcionario público, pero además un particular: ¿el sujeto privado debe responder por peculado o por otro delito?

Para responder a esta interrogante, primero se debe determinar los dos tipos de circunstancias que existen. Ernesto Albán Gómez las ha dividido en personales y materiales. Las primeras "son las relativas al sujeto activo de la infracción:

58 Causa No. 17294-2018-00704, Corte Provincial de Pichincha, párr. 90.
59 Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, 79.
60 Ibid.

parentesco, calidad personal, función o profesión que desempeña, antecedentes, etc."[61] Las segundas son aquellas "relativas al delito mismo, a la forma en que se lo ejecuta, a los medios empleados o a los modos",[62] por ejemplo, ejecutar un delito con violencia o fuerza. Respecto a las circunstancias materiales, solo se comunican si estas son conocidas por el otro interviniente.[63]

La discrepancia en la doctrina surge respecto a las circunstancias personales que "el legislador ha incorporado a la tipicidad de ciertos delitos [...]".[64] Estas serían, por ejemplo, la calidad de funcionario público en el delito de peculado. Cuando las circunstancias son incorporadas al tipo penal, como ocurre con el delito de peculado, "se han convertido de circunstancias personales en circunstancias materiales, propias del delito"[65] y, por lo tanto, lo lógico sería que si son conocidas por el otro interviniente, es decir el particular (en el caso del peculado), sí se comuniquen. Como ya se conoce, este delito exige la calidad de funcionario público al sujeto activo. Pero, como se ha analizado anteriormente en el caso expuesto, puede ocurrir que en la comisión del ilícito intervenga un sujeto que no posee la calidad de funcionario público. Por lo tanto, si el particular que interviene en el delito conoce que el otro tiene la calidad de funcionario público, aquella circunstancia se deberá comunicar y, por lo tanto, el particular deberá responder por el mismo delito que el servidor público.

La jurisprudencia en Ecuador se ha inclinado mayormente por aceptar que las circunstancias personales recogidas en el tipo penal, como es la calidad de funcionario público, sí se deben comunicar entre los intervinientes. Esto se ve expuesto en una sentencia publicada en la Gaceta Judicial del año LXXXII Serie XIII No. 13. En esta sentencia el Tribunal señala que: "comprobada la infracción de uso arbitrario de fondos públicos, tanto los funcionarios o empleados del Estado, como aquellos que no lo son, pero que hayan participado en ella, responden por la misma".[66] Este es un caso de peculado bancario, donde en principio el particular que no ostenta la calidad exigida por el tipo penal fue sentenciado como autor del delito de estafa y los intervinientes que sí poseen la calidad exigida respondieron por el delito de peculado. Sin embargo, respecto a lo citado, el Tribunal resolvió que la intervención del particular fue necesaria para la comisión del ilícito y, al cometer el peculado en coautoría con los sujetos calificados, el particular debe responder por el mismo delito.

En otra sentencia, publicada en la Gaceta Judicial del año LXXIX Serie XIII No. 5, el Tribunal Supremo de Justicia señala que: "el particular que concurre al peculado cometido por un funcionario público [...] responderá de pecula-

61 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*, 256.
62 Ibid.
63 Ibid.
64 Ibid.
65 Ibid.
66 Gaceta Judicial Año LXXXII, Serie 13, No. 13, Quito, 7 de octubre de 1981, 3105.

do".[67] El Tribunal justifica esto señalando que cuando el particular participa en el delito "lo quiere en su totalidad, es decir, como ente de hecho y como ente jurídico".[68] De modo que, cuando el particular concurre en la comisión de peculado, el particular asume la comisión del ilícito y, por lo tanto, se deben comunicar las circunstancias. En este caso, aquella circunstancia que se refiere a la calidad de funcionario público. En esta sentencia, el Tribunal concluye que el particular debe responder por el mismo delito del cual responde el funcionario público, es decir peculado, porque la coautoría implica que no se debe dividir la infracción penal.[69]

En la resolución de un recurso de casación, en 2004, dentro del juicio penal Nro. 3-03, los privados argumentan que el juzgamiento hecho a ellos por el delito de peculado es ilegal debido a que ellos no son funcionarios públicos. La Corte Suprema de Justicia resuelve, señalando que:

> [...] tratándose del delito de peculado son corresponsables del mismo tanto el funcionario público como el particular que no ostenta tal calidad, ya por el principio de indivisibilidad del título de la infracción, ya por principio de la comunicabilidad de las circunstancias del delito, cuando no son de orden personal sino fácticas y conocidas por el partícipe que no es funcionario público, de manera que el juzgamiento por el mismo delito de peculado hecho a los señores Gallardo Zúñiga y Medina Clavijo es enteramente jurídico.[70]

Como se observa, la Corte Suprema ha dejado en claro que a través de la aplicación de la figura de la comunicabilidad de las circunstancias, quien participa del delito sin detentar la calidad de funcionario público y, al haber ejecutado actos principales, debe responder por el delito de peculado. Pues la circunstancia de funcionario público, al formar parte del tipo penal, es una de orden fáctica y, al ser conocida por el privado, debe comunicarse. Por lo tanto, es completamente legal que el privado responda como coautor del delito de peculado cometido en conjunto con el funcionario público.

A pesar de que el criterio de la Corte ha sido en su mayoría inclinado a aceptar que el privado pueda responder como autor del delito de peculado sin detentar la calificación requerida por el tipo, han existido razonamientos judiciales que difieren de esta posición. Esto se ve reflejado en la sentencia emitida por el Segundo Tribunal Penal de Manabí, la cual fue modificada por la Corte Suprema de Justicia en la resolución del recurso de casación, publicado en la Gaceta Judicial 12 Serie 16 de 1998.

67 Gaceta Judicial Año LXXIX, Serie 13, No. 5, Quito, 5 de abril de 1979, 10067.
68 Id.
69 Id.
70 Juicio Penal Nro. 3-03 seguido en contra del Ing. Juan Carlos Gallardo Zúñiga y Reinaldo Enrique Medina Clavijo por el delito de peculado en perjuicios de la Dirección Provincial Agropecuaria de Cotopaxi, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, 25 de marzo de 2004, párr. 4.

Dentro de este proceso, en la sentencia de segunda instancia, el Segundo Tribunal Penal de Manabí condenó al privado por el delito de estafa y no lo consideró como peculado. Dividiendo, erróneamente, la infracción penal. Al respecto, la Corte, al resolver el recurso, anota que el funcionario público permitió que el privado: "cobre por trabajos no realizados en perjuicio de la Junta de Recursos Hidráulicos de Manabí, por lo que son coautores del delito de peculado".[71] De esta manera, la Corte recalca que el privado, al haber participado de manera principal en la ejecución del ilícito, debe responder por el delito de peculado. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia resuelve que: "el Tribunal aplicó indebidamente la Ley al haber considerado el ilícito de Zambrano Ganchozo como estafa y no como peculado".[72] Demostrando una vez más que el sujeto privado sí puede responder como coautor del delito de peculado, a pesar de no poseer la calidad de funcionario público.

En un fallo más reciente, dentro del ya citado proceso No. 17721 2017 00204, la Corte Nacional de Justicia ha señalado que: "la calificación jurídica en el delito se hace extensiva al amparo del principio de comunicabilidad consagrado en el Art. 233 párrafo final de la CRE".[73] Esto evidencia, una vez más, que la jurisprudencia ecuatoriana ha recogido la doctrina de la comunicabilidad de las circunstancias entre los servidores públicos y el sujeto privado. Similar argumentación es la realizada por la misma Corte en el caso Filanbanco, cuando indica que en el peculado:

> el sujeto activo debe reunir ciertas condiciones especiales establecidas en la ley; ahora bien, empero, los delitos, en muchas ocasiones, son ejecutados con la "participación" de otras personas, que acorde con nuestra legislación **pueden ser autores**; y, los "partícipes" -palabra diferente a participación- , se dividen en cómplices y encubridores; en el *sub iúdice*, se encuentra que varias personas (incluidos los sindicados ahora recurrentes), han sido consideradas por el juzgador de instancia como responsables de este delito, encontrándose que no todas cumplían, en principio, con el condicionamiento de ser servidor público, para ser consideradas autoras; más sin embargo, tal aseveración que, en principio, **parecería absoluta, no lo es**, en tanto y en cuanto como quedó señalado, y así lo reconoce la jurisprudencia nacional, procede lo que doctrinariamente se conoce como **"comunicabilidad de circunstancias"** (énfasis añadido).[74]

La Corte señala que esta doctrina ha sido adoptada históricamente en la jurisprudencia ecuatoriana pero que: "[...] consta recogida en la Constitución Política de la República, de 1998 y la vigente Constitución de la República del 2008".[75] De acuerdo con el criterio de la Corte, la doctrina de la comunicabi-

71 Gaceta Judicial Año XCVIII, Serie 16, No. 12, Quito, 22 de mayo de 1998, 3123.
72 Id.
73 Causa No. 17721201700204, 20 de julio del 2018.
74 Causa No. 414B-2010, pág. 59.
75 Id., 58-59.

lidad de las circunstancias se encuentra contemplada en nuestra Constitución y, por lo tanto, debería ser el criterio predominante al momento de dictar sentencia en casos similares.

8. Conclusión

En la comisión del delito de peculado muchas veces intervienen sujetos privados que no tienen la calificación exigida por el tipo, para facilitar el cometimiento de este. Como se ha observado en la causa 17294-2018-00704, los sujetos privados intervienen en el cometimiento del ilícito de tal manera que, sin sus actos, el delito no hubiese sido posible. Por lo tanto, si la participación de los privados en el delito de peculado tiene tal trascendencia, excluirlos de la condena sería dejar en la impunidad sus conductas. Por esta razón, los Tribunales y las Cortes del Ecuador han adoptado una posición similar que determina que los privados, que no son funcionarios públicos, sí pueden ser sentenciados como coautores del delito de peculado.

A pesar de que la posición parece estar inclinada a aceptar la condena de privados como coautores del delito, los diferentes argumentos utilizados para justificar estas decisiones son varios. La adopción de la jurisprudencia de la figura del *intraneus* y *extraneus* es sumamente interesante. Al comparar su uso con lo dispuesto por la doctrina penal, se observa que es un argumento fuerte para condenar a los privados como coautores del delito. Tanto el Tribunal de Garantías Penales como la Corte Provincial de Pichincha, en el caso analizado, adoptaron una correcta posición respecto a este tema, demostrando que la intervención del *extraneus* en el delito de peculado no puede ser dejada de lado y, por lo tanto, debe ser tratada como coautoría, siempre y cuando los actos del privado sean principales en la ejecución del delito.

Por otro lado, la argumentación utilizada por diferentes tribunales y cortes sobre la comunicabilidad de las circunstancias es, de igual manera, muy acertada. Pues si el interviniente que no ostenta la calificación de funcionario público conoce que el sujeto con quien divide el trabajo para cometer el ilícito es un funcionario público, lo lógico sería que el privado responda por sus actos encaminados a cometer el peculado.

El artículo 233 de la Constitución parece, en principio, haber solucionado el dilema respecto a la intervención del sujeto privado en la comisión del peculado, pues al dar un alcance de las normas sobre peculado a los privados, parecería que posibilita que estos sí pueden responder como coautores. Sin embargo, aquí surge la interrogante sobre si el artículo 233 amplifica la tipicidad del tipo a los *extraneus* solo como cómplices del delito o si únicamente se refiere a la aplicación de las reglas de imprescriptibilidad y juzgamiento

en ausencia. No obstante, como se observó en las sentencias emitidas por la Corte Provincial de Pichincha y la Corte Nacional de Justicia, la intención del constituyente parece haber sido que los actos de los privados no queden en la impunidad y que estos sí puedan responder como coautores del delito, siempre y cuando sus actos se adecuen a esta figura.



PINO/ELIZALDE

ABOGADOS

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



¿Prohibición constitucional para que el Ecuador pacte arbitraje internacional en materia comercial y de inversión? Una nueva mirada al artículo 422 de la Constitución desde la interpretación constitucional

Constitutional prohibition for Ecuador to agree to international arbitration in commercial and investment matters? A new look at article 422 of the Constitution from the constitutional interpretation

Xavier Palacios Abad*

Recibido / Received: 29/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2195

Citación:
Palacios Abad, X. «¿Prohibición constitucional para que el Ecuador pacte arbitraje internacional en materia comercial y de inversión? Una nueva mirada al artículo 422 de la Constitución desde la interpretación constitucional». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 261 - 282, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2195

* Jefe del área constitucional y derecho administrativo en Durini & Guerrero Abogados, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: xpalacios@dgalegal.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4260-6727

Resumen

Durante estos más de diez años de vigencia del texto constitucional, el artículo 422 de la Constitución (en adelante CRE) ha sido objeto de varias interpretaciones, muchas de ellas disímiles y opuestas entre sí[1]. La pregunta que gira alrededor de esta norma es ¿cuál es el alcance de la prohibición contenida en ella, principalmente sobre la posibilidad de que el Estado acuda a arbitraje internacional en controversias contractuales o comerciales y de inversión? Este artículo buscará determinar cuál es el alcance de esta prohibición constitucional y si esta incluye o no a los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI).

Para analizar aquello, en un primer momento nos referiremos al contenido del artículo 422 de la CRE y, acto seguido, realizaremos una interpretación de la norma desde tres ópticas: un ámbito sistemático, un ámbito literal, y también en base a una interpretación *pro* derechos. Una vez hecho este análisis, concluiremos que la prohibición del artículo 422 no alcanza a los TBI, y además es una prohibición de fuente u origen del arbitraje, es decir, no incluye un nuevo concepto de materia no transigible.

Palabras clave

Jurisdicción soberana; arbitraje internacional; tratados bilaterales de inversión; responsabilidad internacional; inversión; fuente arbitral, y prohibición de origen.

Abstract

During the more than ten years that the Constitution has been in force, Article 422 of the Constitution ("CRE") has been subject to various interpretations, many of them dissimilar and opposed to each other. The question that revolves around this rule is what is the scope of the prohibition is contained therein, mainly on the possibility for the State to resort to international arbitration in contractual or commercial and investment disputes. This article will seek to determine the scope of this constitutional prohibition and whether or not it includes Bilateral Investment Treaties.

To analyze this, we will first refer to the content of Article 422 of the CRE and then we will interpret the regulation from three perspectives: from a systematic point of view, a literal point of view, and a pro-rights based interpretation. Having made this analysis, we will conclude that the prohibition of Article 422 does not reach Bilateral Investment Treaties, and, moreover, it is a prohibition of source or origin of arbitration, i.e., it does not include a new concept of non-negotiable subject matter.

1 Ver Caso No. 0002-18-IC, Corte Constitucional, *Amicus Curiae* presentado por Alberto Acosta y el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 8 de marzo de 2020.

Keywords

Sovereign jurisdiction; international arbitration; bilateral investment treaties; international responsibility; investment, arbitral source; origin ban.

1. Introducción

El contenido del artículo 422 de la CRE ha sido uno de los más debatidos y polémicos desde la vigencia del texto de Montecristi. Esto, debido a que por su ambigüedad, no se tenía claro si esta norma prohibió definitivamente los arbitrajes internacionales en materia comercial, contractual y de inversiones, o si por el contrario, únicamente restringió la fuente para acudir al arbitraje. Entre 2010 y 2013, la Corte Constitucional señaló, sin mayor análisis, que todos los TBI que contenían cláusulas arbitrales –de oferta arbitral en realidad– eran inconstitucionales por contravenir el artículo 422 de la CRE.[2]

Lo curioso de los fallos de la Magistratura es que los argumentos vertidos para sostener que los TBI eran inconstitucionales eran variantes e inclusive contrapuestos entre sí, lo que no permitía –ni permite– tener seguridad jurídica sobre el tema, pues además, jamás se abordaron temas como por ejemplo qué es la jurisdicción soberana, o qué comprende el término instrumento internacional.

De hecho, la Corte Constitucional jamás realizó una interpretación obligatoria sobre el primer inciso del artículo 422 de la CRE[3], lo que tampoco permitía comprender cuál era su alcance. Por su parte, la doctrina ecuatoriana, en gran medida, tenía una postura en contra al argumento de la Corte[4], aunque también existían voces a favor.[5] Además, la doctrina resultaba ser complementaria, porque la Corte no dilucidaba con claridad si el Ecuador podía pactar cláusulas arbitrales en contratos internacionales, o si la prohibición era únicamente para tratados internacionales.

En este contexto, con el cambio de gobierno en 2017, las dudas sobre el alcance del artículo 422 de la CRE se acentuaron, a tal punto que la Asamblea Nacional presentó una solicitud de interpretación constitucional de la norma a la Corte, para que esta emitiera un criterio uniforme sobre el tema. En este

2 Ver Caso No. 0015-13-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de julio de 2013. Caso No. 0010-11-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de abril de 2013. Caso No. 0003-10-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de octubre de 2010, entre otros.

3 Cabe aclarar que la Corte Constitucional sí realizó una interpretación auténtica del segundo inciso del artículo 422 mediante la sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC dictada dentro del caso No. 0005-09-IC de 13 de marzo de 2009.

4 Ver Iñigo Salvador Crespo y Mélanie Riofrío Piché, "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2, (septiembre, 2010): p. 93-94, https://doi.org/10.36649/rea204. Ver Xavier Andrade Cadena, "Renuncia al Arbitraje previsto en un Tratado: el caso ecuatoriano", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2, (septiembre, 2010): p. 185, https://doi.org/10.36649/rea207.

5 Mario Alejandro Flor, "El Artículo 422 de la Constitución y su Incidencia en el Arbitraje Internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 3, (octubre, 2011: p. 201, https://doi.org/10.36649/rea307.

sentido, este trabajo busca determinar cuál es la correcta interpretación del artículo 422 y qué alcance tiene la prohibición contenida en ella.

Para este propósito, se realizará un breve análisis de los métodos de interpretación constitucional en contraste con la norma *in comento*, desagregando cada uno de sus elementos para poder determinar cuál es la interpretación que más se ajusta a la CRE en su integralidad. En este examen interpretativo de la norma, se determinará qué implica el término ceder jurisdicción soberana, así como qué elementos son propios de la jurisdicción local y cuáles quedan por fuera del ámbito del derecho doméstico. Una vez efectuado dicho análisis, concluiremos qué escenarios son los que proscribe la norma constitucional, donde, a nuestro juicio, no se encuentran los TBI ni la inversión extranjera como tal.

2. Sobre el contenido del artículo 422 de la Constitución

El artículo 422 de la CRE recoge una prohibición constitucional relativa a la posibilidad de que el Estado ecuatoriano acuda a arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial con personas naturales o jurídicas de derecho privado. Es relativa, en tanto la norma en cuestión prevé una excepción a la regla general, pues admite la posibilidad de que el Ecuador acuda a sedes arbitrales internacionales siempre y cuando sea entre el Estado y ciudadanos latinoamericanos, y solo a instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.[6]

Esta prohibición constitucional, a nuestro juicio, tiene una noción más ideológica política, que jurídica en sí misma.[7] Esto en virtud de que no habría razón alguna para sostener que solo es viable que se ceda jurisdicción soberana –por utilizar el término de la norma constitucional– a tribunales arbitrales regionales latinoamericanos, mientras que a otros tribunales internacionales no resulta posible aquello.[8]

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que esta norma constitucional no es del todo clara. De su redacción no se logra comprender a ciencia cierta, a qué escenarios abarcaría esta prohibición constitucional, y, lamentablemente, no existe una norma legal que desarrolle este precepto.[9] Esta situación ha acarreado, inclusive, que la Asamblea Nacional eleve en consulta a la Corte Constitucional cuál es el alcance del artículo 422 de la CRE.[10]

6 Ver Caso No. 0006-10-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de junio de 2010.
7 Ver Caso No. 0003-10-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de octubre de 2010.
8 Esto ni siquiera guarda coherencia con los principios que rigen las relaciones internacionales del estado con la comunidad internacional recogidos en el artículo 416 de la CRE.
9 Esto en principio debería estar desarrollado en la Ley de Arbitraje y Mediación,

R.O. No. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. 309 de 21 de agosto de 2018.
10 Ver Solicitud de Interpretación Constitucional presentada por Elizabeth Cabezas Guerrero, Caso No. 0002-18-IC, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de agosto de 2018.

A continuación, trataremos de identificar la interpretación correcta de dicha norma, es decir, la que más se ajuste al texto constitucional. Para ello, en primer lugar, analizaremos brevemente cuáles son las formas de interpretación recogidas en la CRE y la legislación secundaria. Luego, detallaremos la interpretación que, a nuestro juicio, es la correcta de la norma.

3. Formas de interpretación constitucional

La interpretación de las normas jurídicas, en general, se rige por varias reglas comúnmente aceptadas.[11] En Ecuador las reglas de interpretación de las normas en general las encontramos en el Título Preliminar del Código Civil.[12] En cambio, las normas constitucionales tienen sus reglas de interpretación particulares que están recogidas en el propio texto constitucional[13] y desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).[14]

Estas de reglas de interpretación de la norma constitucional, en principio, son escalonadas. Decimos en principio, pues en realidad no existe una suerte de prelación en la aplicación de los métodos de interpretación, sino que la norma constitucional exige que se agote un método en particular antes de adoptar los demás que, a elección del intérprete, permitan respetar la voluntad del constituyente de mejor manera. Lo dicho se encuentra expresamente regulado en el artículo 427 de la CRE:

> Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

11 César Coronel Jones, "Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana", *Ius Humani. Revista de Derecho*, no. 1. (enero 2008): 210.

12 "Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y, 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal." Artículo 18, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 96 de 8 de julio de 2015.

13 Ver Artículo 11 y 427. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008. Ecuador.

14 Ver Artículo 3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O. Suplemento 134 de 3 de febrero de 2020.

De la norma reproducida tenemos que las normas constitucionales deben interpretarse, en primer lugar, en el sentido literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Es decir, se recoge un tipo de interpretación literal y sistemática; y, solo en caso de duda, se podrá optar por los demás métodos siempre procurando la interpretación que más favorezca a los derechos y que respete la voluntad del constituyente.

Esta regla busca evitar que a pretexto de interpretar las normas y principios constitucionales, se mute arbitrariamente la CRE[15], cuando su sentido es absolutamente claro y armónico con el ordenamiento positivo. Lamentablemente, se trata de una regla abierta, pues será el intérprete auténtico –en este caso, la Corte Constitucional– él que defina si existe o no duda en la norma constitucional.[16]

Cuando existe duda sobre el alcance de una norma constitucional y su tenor literal no aclara tal circunstancia, se puede optar por los métodos de interpretación previstos en el artículo 3 de la LOGJCC. En esta norma se recogen, entre otros, a los métodos clásicos como el evolutivo, el histórico y el teleológico.[17] Adicionalmente, se prevé que, cuando sea necesario, se recurrirá a los principios generales del derecho y la equidad.[18]

Si bien no existe un orden de prelación para activar cualquiera de los métodos

15 "2. Punto básico de mi disidencia con el Juez ponente y con las demás Juezas y Jueces tiene que ver con el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado "matrimonio igualitario". ¿Será una nueva forma de ilusionismo constitucional? Para mí es un proceso de mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental. 3. El raciocinio o lógica jurídica nos conduce a sostener que no puede existir una interpretación ad infinitum, que trastoque la claridad y concisión del lenguaje formal. 2 Consideremos que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria." Ver. Causa No. 11-18-CN, Corte Constitucional del Ecuador, Voto Salvado Juez Hernán Salgado Pesantes, 12 de junio de 2019.

16 Un ejemplo de esto, lo vemos en la sentencia No. 11-18-CN/19 sobre matrimonio igualitario, en la que para un grupo de jueces la norma constitucional era absolutamente clara, mientras que para otros no.

17 "Art. 3.- […] Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias. - Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación. - Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. 4. Interpretación evolutiva o dinámica. - Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica. - Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal. - Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación. - La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación." Artículo 3, LOGJCC.

18 Artículo 3, LOGJCC.

descritos en la LOGJCC, a diferencia de lo que ocurriría con las reglas previstas en el Código Civil[19], en cualquier escenario, la interpretación –cuando existe duda– debe propender a la consecución de dos objetivos: (i) identificar aquella que más favorezca a la vigencia de los derechos y (ii) respetar la voluntad del constituyente.

4. Interpretación literal y sistemática del artículo 422 de la Constitución

Una vez que se han aclarado las reglas de interpretación constitucional, corresponde, en este apartado, referirnos a la interpretación del artículo 422 de la CRE. Para ello, en un primer momento verificaremos si es factible realizar una interpretación literal de la norma, o si por el contrario existiría duda en el texto de la disposición, lo que nos obligaría a recurrir a los métodos descritos en la LOGJCC.

El artículo 422 de la CRE está compuesto por dos incisos. Para efectos de este trabajo, únicamente nos referiremos al primer inciso de la norma que prevé lo siguiente:

> Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas[...]

La norma reproducida prohíbe al Estado acudir a arbitrajes internacionales cuando concurran los siguientes elementos: (i) que el arbitraje sea pactado en un tratado o instrumento internacional; (ii) que se ceda jurisdicción soberana; (iii) que se trate de controversias contractuales o de índole comercial; y (iv) que la relación sea entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

De estos elementos, quizá el cuarto resulta sumamente claro y no requiere armonizarlo con las demás normas constitucionales, a diferencia de lo que ocurre con los otros presupuestos. A continuación, respetando la regla prevista en el artículo 427 de la CRE, realizaremos un desglose interpretativo de la norma constitucional reproducida.

---

19 Esto es discutible pues gran parte de la doctrina sostiene que, de igual manera, no existe un orden de prelación para la interpretación de las normas infraconstitucionales. Juan Francisco Guerrero del Pozo, "La Derogación De Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias" *Revista RUPTURA*, no. 2 (diciembre 2020): 236.

4.1. Tratado o instrumento internacional

En cuanto al primer elemento, esto es, que el arbitraje sea pactado en un tratado o instrumento internacional, para comprender su alcance tenemos que identificar qué entendió el constituyente por este concepto. Si bien en la CRE no existe una definición sobre lo que vendrían a ser los tratados e instrumentos internacionales, es evidente que estos términos hacen alusión sólo a los instrumentos entre estados. Es decir tratados, protocolos o convenios internacionales en los que los estados parte llegan a acuerdos con la comunidad internacional.[20]

Esta interpretación es la que más se ajusta a la integralidad de la CRE, si la concatenamos con los artículos 417[21] y 418[22] que versan sobre los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, así como sobre la competencia para ratificar y denunciar los mismos. Inclusive, si se toma en consideración que todas estas normas constitucionales están en el epígrafe denominado "Relaciones Internacionales", que versan precisamente sobre los nexos entre el Estado y la comunidad internacional. Adicionalmente, es claro que esta prohibición se refiere a una norma –en su uso genérico–[23], pues así se reconoce a los tratados e instrumentos internacionales en el artículo 425.[24]

Por ende, a nuestro juicio la prohibición del artículo 422 únicamente abarca a aquellos acuerdos entre estados regidos por el derecho internacional y no otro tipo de documentos, como por ejemplo un contrato comercial internacional suscrito entre el Estado y un privado.

4.2. Jurisdicción soberana

En cuanto al segundo elemento, esto es, que el Ecuador ceda jurisdicción soberana, este es un término que no resulta fácil de definir o comprender.

20 "Parte 1.- Introducción. – […] 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular […]." Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

21 "Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución". Artículo 417, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

22 "Art. 418.- A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo." Artículo 418, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

23 "Art. 1.- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común." Artículo 1, CC.

24 "Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; **los tratados y convenios internacionales**; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos […]" Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, 2008. (Énfasis añadido).

Primero, porque dentro del marco del derecho internacional no existe el concepto de jurisdicción soberana propiamente dicho. Lo que más se asemeja a esta acepción sería la inmunidad soberana[25], aunque, en realidad, no sería un término equivalente sino una relación de género y especie.[26] Segundo, porque hay que entender el contexto en el que fue dictada la CRE de 2008, donde el país, por sus líderes políticos de la época, reclamaba "soberanía" a la comunidad internacional.[27]

Si asemejamos jurisdicción soberana a inmunidad soberana, tendríamos que, esencialmente, este concepto englobaría tres elementos: (i) soberanía, (ii) igualdad e (iii) independencia.[28] Soberanía propia de cada estado para adoptar sus decisiones. Igualdad entre los estados, es decir que ninguno es superior a otro; e independencia, en el sentido en que ningún estado puede someter a otro a su jurisdicción en las relaciones que entre ellos surjan.

Si bien este enfoque podría ser el comúnmente aceptado[29], no creemos que con esta semejanza o analogía se agote la interpretación de la norma, ni aún cuando se adopte solo uno de los elementos de la inmunidad soberana.[30] Lo dicho, básicamente, porque la inmunidad soberana es un aspecto propio entre

25 "La inmunidad de jurisdicción o soberana se refiere al derecho reconocido a cada Estado a no ser sometido a la potestad judicial de otro Estado y/o la ejecución de sus bienes; mientras que la inmunidad de ejecución se plantea cuando el tribunal puede ejercer jurisdicción en el caso, y se le reconoce al Estado el derecho de oponerse a la traba de medidas precautorias o a la orden de medidas de ejecución de determinados bienes ubicados en el Estado del foro". Daniel Alejandro Casella. "La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 23 (diciembre 2013): 17-52.

26 Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid: Editorial Tecnos, 2006), 299.

27 "[…] Concientes (sic) de esta realidad, los y las constituyentes de Montecristi, sintonizados con los procesos políticos de inicios del presente siglo, con los que se enfrentaba a los Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión, hermanos siameses del intento para imponer normas globales que cristalicen un sistema de dominación y explotación, asumimos el reto de elaborar una Constitución que garantice el objetivo construir de una sociedad democrática construida a partir de la vigencia plena de los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza. Por esa razón no podíamos permitir que se protejan los derechos de las inversiones extranjeras sobre los derechos de los seres humanos y del ambiente, poniendo en riesgo inclusive políticas sociales y de otra índole, creando inclusive una situación que privilegie a dichos inversionistas en perjuicio de los empresarios nacionales. En ese sentido propusimos una serie de normativas para evitar esa clara afectación a la soberanía nacional y a los derechos fundamentales de la convivencia democrática y armónica de una sociedad." Ver Caso No. 0002-18-IC, *Amicus Curiae*.

28 "Todos los Estados gozan de la igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En particular, la igualdad soberana comprende los siguientes elementos: a) Los Estados son iguales jurídicamente; b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; d) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) Cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural; f) Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados." Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970.

29 Ver Caso No. 0002-18-IC, *Amicus Curiae*.

30 "En síntesis, los principios sobre los cuales parece haber consenso son: a) los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción ante las cortes de otro Estado como regla de derecho internacional consuetudinario; b) la existencia de la inmunidad jurisdiccional se presume, por lo que para llevar a un Estado a juicio ante cortes extranjeras necesariamente se debe probar una excepción; c) los Estados gozan de inmunidad al realizar actos soberanos, públicos o gubernamentales; d) los Estados no gozan de inmunidad por actos privados; e) la inmunidad es sólo una barrera procesal que no califica el fondo del asunto, y f) la inmunidad de jurisdicción es renunciable." Miguel Ángel Reyes Moncayo, "La inmunidad jurisdiccional de los Estados: diferencias normativas y prácticas entre México y Estados Unidos", *Revista Mexicana de Política Exterior*, no. 109, (abril 2017): 77-97.

los sujetos de derecho internacional –los estados–.[31] Mientras que el sentido de la norma constitucional, *prima facie*, es que en aspectos entre particulares y el estado, este último no renuncie a su facultad de aplicar su potestad de imperio; y, de ser el caso, resolver las controversias que se puedan suscitar en el marco de la legislación local.

A nuestro criterio, el término jurisdicción soberana debe ser entendido como la potestad pública del estado para resolver los asuntos que ocurren en su territorio –elemento esencial de la soberanía–[32] bajo las normas propias que rigen dicha circunscripción. En esta lógica, lo que prohíbe la norma constitucional es que el estado renuncie a esta prerrogativa mediante un tratado o instrumento internacional.

Esta es la interpretación, desde nuestra óptica, correcta de este término empleado en el artículo 422 de la CRE. Inclusive, aquello permite que la norma tenga mayor coherencia, por lo siguiente:

a. Al entender jurisdicción soberana como una de las formas de expresión de la soberanía del estado, en este caso relativa a resolver los asuntos que ocurren en su territorio y sobre los cuáles existe regulación doméstica, hace sentido que la norma hable de "ceder". Esto, en la medida en que el estado no podría ceder algo que no es parte de sus potestades, como, por ejemplo, la jurisdicción internacional donde no existe un órgano natural de resolución de controversias[33].

b. Por otra parte, para "ceder jurisdicción", aquello implica que el estado transfiera esta prerrogativa –en principio, indefinidamente– a otro órgano, aunque siempre exista la posibilidad de "dejar sin efecto" esta cesión. Es apenas lógico que para hablar de "cesión", esta deba materializarse en una norma y no en un contrato, pues un contrato es un acuerdo libre para un caso en concreto, mientras que la norma es de aplicación obligatoria para todos, y solo allí podría hablarse de una transferencia en estricto sentido.

c. Aceptadas las premisas anteriormente descritas es evidente entonces que la cesión de jurisdicción soberana –en los términos del artículo 422 de la CRE– sólo se refiere a temas propios de la legislación local, y que ésta sólo puede materializarse en un tratado internacional, y no, por ejemplo, en un contrato[34].

31 "La inmunidad soberana es el desarrollo de una igualdad soberana de los Estados". Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público*. (México: Fundación Konrad Adenauer, 2018): 276.

32 "Los Estados respetan los derechos soberanos, exclusivos y supremos de los otros Estados en sus territorios respectivos. De forma indirecta, la limitación inherente de la exclusividad y supremacía de la soberanía revela la igualdad de los Estados". Stefan A. Kaiser, "El ejercicio de la soberanía de los Estados," *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, (febrero 2010): 99, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/6.pdf

33 María Teresa Infante Caffi, "La solución judicial de controversias entre Estados", *Revista de Derecho PUCP*, no. 41 (diciembre 1987): 69-70.

34 Daniel Alejandro Casella. "La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad",

Esta reflexión, si bien clarifica el alcance de la norma, no solventa aún todos los problemas interpretativos que pueden surgir del término jurisdicción soberana. El punto más conflictivo quizá es ¿qué temas o asuntos están dentro de la denominada jurisdicción soberana de los estados?

La respuesta a esta interrogante, desde nuestra óptica, no se circunscribe a una temática en particular. Es decir, no es correcto advertir, por ejemplo, que los asuntos de inversión extranjera necesariamente quedan excluidos de la jurisdicción soberana, o que los asuntos comerciales necesariamente deben ser resueltos por cortes locales.

Para determinar qué asuntos son de jurisdicción soberana de cada estado y cuáles rebasan su control e implican la aplicación del derecho internacional, se deben analizar las circunstancias envueltas en cada caso. De manera preliminar, aquellos casos en los que el estado actúa con potestad de imperio, es claro que se trataría de un tema de jurisdicción soberana, mientras que en aquellos en que interviene en igualdad de condiciones –por ejemplo, celebrando un contrato de comercio internacional–, no lo sería.[35]

Aún en esta diferenciación –sumamente sencilla, dicho sea de paso– pueden existir algunas variantes. Por citar una, en un contrato en el que el estado actúa con potestad de imperio, un típico caso de contratación de una obra pública, también pueden existir asuntos ajenos a la jurisdicción local. Tal es el caso de las obligaciones asumidas en virtud de un tratado internacional, donde, obviamente, no se discutirán los términos del contrato, sino si el estado parte ha cumplido o no con sus compromisos internacionales, por ejemplo, en temas tributarios.

En este escenario, si existiese un convenio arbitral en el tratado internacional, el Ecuador no cedería jurisdicción soberana pues las controversias relativas al cumplimiento de obligaciones derivadas de un tratado internacional, no es un asunto que deba ventilarse necesariamente en cortes locales.

Por tanto, a nuestro juicio, la correcta interpretación que debe darse al término jurisdicción soberana en el marco del artículo 422, es que se refiere únicamente a aquellos casos en los que el estado actúa con potestad de imperio y sobre los cuales, indudablemente, existen cortes locales competentes para dilucidar el asunto; y, por ende, todas las controversias ajenas a esta circunstancia, estarían –en principio– excluidas de la prohibición constitucional, pues el estado no puede "ceder" aquello que no es su potestad.

Revista Colombiana de Derecho Internacional, no. 23 (diciembre 2013): 17-52.

35 "[…] la exención de los Estados extranjeros de la jurisdicción civil del Estado local se limita a los actos *iure imperii* (actos mediante los cuales se ejercen las funciones públicas estatales, o sea, los realizados por el Estado extranjero en calidad de soberano), y no se extiende, por el contrario, a los actos *iure gestionis*, es decir, actos con carácter privado, como por ejemplo los de comercio (compra de un inmueble a título de inversión)". Casella, La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad", 31.

4.3. Controversias contractuales o de índole comercial

En lo relativo al tercer elemento, esto es, que las controversias se refieran a temas contractuales o de índole comercial, surgen varios problemas en la redacción propia de la norma que no permiten tener claro, de una simple lectura, cuál es el alcance de estos términos.

En primer lugar, si nos decantamos por una interpretación literal de este elemento, parecería que toda controversia quedaría excluida del arbitraje internacional, si este ha sido pactado en virtud de un instrumento internacional. Esto, dado que en la norma se emplea un término muy amplio como lo es el de controversias contractuales, lo cual podría dar lugar a una interpretación extensiva y concluir que prácticamente toda controversia está excluida pues, al final del día, la mayoría de las relaciones jurídicas se plasman a través de un contrato.

Sobre este punto, consideramos que no es correcto adoptar una interpretación extensiva del término controversias contractuales. Lo expuesto, básicamente, porque de ser así, el constituyente no hubiese realizado la distinción entre controversia contractual o de índole comercial, si ésta última pudiese, en líneas generales, encontrarse inmersa en la primera categoría.

Por ello, creemos que este término debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que se refiere únicamente a aquellos ámbitos en los que el estado realiza contrataciones a la luz de las regulaciones del derecho local, y no necesariamente, a aquellos en los que contrata al amparo de normas internacionales, pues allí no existe una suerte de jurisdicción soberana.[36]

En segundo lugar, en cuanto a los temas de índole comercial, en principio deberían seguirse las mismas reglas expuestas, en cuanto a que solo sería aplicable a aquellos actos donde el estado ejerce su potestad de imperio. Adicionalmente, creemos que esta materia, al haber sido desarrollada de forma particular por el constituyente, debe ceñirse únicamente a los actos de "comercio", reconocidos así por parte de la legislación doméstica.[37]

Por ende, no podría hacerse extensivo a otras materias que tienen categorías propias. Por ejemplo, inversiones internacionales. Aceptar lo contrario como válido, implicaría vaciar de contenido a la norma constitucional, pues si el constituyente hubiese querido incluir dicha materia, lo hubiera señalado expresamente en su redacción, como lo hizo al distinguir entre temas contrac-

36 El nexo a este término es con el propósito de armonizar la interpretación integral de la norma.

37 Aún cuando no existe un listado taxativo en el Código de Comercio, debería ceñirse, en su mayoría, a los contratos regulados en dicha norma, pues de lo contrario caeríamos en ambigüedades.

tuales y comerciales. Por lo que no cabe tal extensión pues "donde el legislador no distingue no le es lícito al intérprete distinguir".

5. Interpretación pro derechos ¿A favor del arbitraje?

En el evento que el análisis interpretativo efectuado no permitiera tener certeza sobre el alcance de la norma constitucional, independientemente del método interpretativo que adoptemos, como se dijo, siempre se deberá optar por aquel que sea más favorable a la vigencia de los derechos.

Asumiendo esta posición, la pregunta que surge es ¿Una interpretación pro derechos, es a favor del arbitraje? La respuesta a esta interrogante no es del todo pacífica, pues existirían al menos dos posiciones contrapuestas: (i) una interpretación en la que se advierta que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido constitucionalmente, y por ende, lo más favorable es adoptar una postura que permita activar este mecanismo; y (ii) una interpretación en la que se señale que la soberanía es un elemento consustancial del estado, y por tanto no es factible ceder jurisdicción a organismos internacionales.

En nuestro criterio, una interpretación pro derechos sí es favorable al arbitraje, por las siguientes razones. Primero, la soberanía como elemento del estado, lejos de plasmarse únicamente en una norma constitucional, se refleja en la voluntad popular. El texto constitucional es solo un instrumento del ejercicio del poder soberano del pueblo, que inclusive puede ser modificado o renovado cuantas veces sea necesario.[38] En esta lógica, el pueblo, en un ejercicio de soberanía, elije a sus representantes para que adopten las decisiones en su nombre en busca del bien común. Estas decisiones, además, son objeto de control posterior, e incluso previo en algunos escenarios.[39]

El acudir a un método alternativo de solución de controversias por parte del Estado, precisamente, es una decisión soberana.[40] Esto, en la medida en que elije que una determinada controversia será resuelta por un organismo inter-

38 Artículo 441, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

39 Artículo 416, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

40 "Lógicamente se deduce que la existencia del consentimiento del Estado contra el que se incoa el procedimiento judicial servirá para eliminar este considerable obstáculo a la asunción y el ejercicio de la jurisdicción. Si se considera el defecto de consentimiento como un elemento constitutivo esencial de la inmunidad del Estado, o inversamente como elemento que lleva aparejada la incapacidad o falta de potestad de un tribunal normalmente competente para ejercer su jurisdicción, la manifestación de consentimiento por el Estado interesado elimina ese impedimento al ejercicio de la jurisdicción. Con el consentimiento del Estado soberano, el tribunal de otro Estado queda así autorizado o facultado para ejercer su jurisdicción en virtud de sus reglas generales de competencia, como si el Estado extranjero fuera un simple particular extranjero que puede demandar y ser demandado del modo ordinario, sin invocar ninguna doctrina o regla de la inmunidad soberana o del Estado. Así pues, el consentimiento equivale a una condición previa que permite el ejercicio de la competencia normal de la autoridad territorial o el tribunal nacional […]." Tercer informe elaborado por Sompong Sucharitkul Relator Especial Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Documento, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.4/340 Y ADD.l., 18 de mayo de 1981, p. 56.

nacional, se entiende imparcial y objetivo. Obviamente, esta decisión soberana tiene ciertos límites que están recogidos en el texto constitucional. Uno de ellos, que los aspectos locales –como por ejemplo litigios sobre asuntos regulatorios– no puedan ser sometidos a arbitraje internacional.[41]

Segundo, los instrumentos internacionales que suscribe un estado, no versan únicamente sobre obligaciones estatales, sino también regulan beneficios a sus nacionales. Por ejemplo, en los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos por el país, se prevé que cuando los nacionales de Ecuador realizan inversiones en países extranjeros, en caso de existir divergencias en la aplicación de dicho instrumento internacional, estos puedan someter las diferencias a un órgano imparcial –arbitraje internacional– para que lo dirima.

Ello, sin duda alguna, es beneficioso para los inversionistas ecuatorianos, pues tienen la certeza de poder contar con un órgano independiente que resuelva si el estado extranjero en el que han realizado la inversión, ha cumplido o no con sus compromisos internacionales. De allí que es claro que una interpretación pro derechos nos lleva a aceptar indudablemente el arbitraje, pues aquello beneficia a los ciudadanos ecuatorianos. No podemos olvidar que el fin último del estado son sus nacionales, a más de que la posición contraria a la expuesta, no beneficia en nada –ni jurídica ni fácticamente– al estado.

Finalmente, aceptar una interpretación que imposibilite que el estado acuda a arbitraje –a través de cualquier fuente–, sería anular el contenido del artículo 190 de la CRE.[42] Lo que busca salvaguardar el artículo 422 de la CRE, es que aspectos propios de la soberanía estatal no sean resueltos por parte de tribunales internacionales. Sin embargo, la norma no imposibilita que cuestiones propias de responsabilidad internacional, como inobservancia a tratados o convenciones, sean resueltas por un tribunal arbitral, pues de hecho no existe un órgano por defecto para resolver aquello.[43]

6. ¿El Ecuador puede acudir a arbitraje internacional en materia de inversiones, contractual o comercial?

Una vez que hemos identificado cuál es la interpretación del artículo 422 de la CRE que, a nuestro criterio, es la correcta, en este momento correspon-

41 Artículo 442, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

42 "Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley". Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

43 Iñigo, Salvador Crespo, Mélani Riofrío Piché, "La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2, (septiembre, 2010): 93-94, https://doi.org/10.36649/rea204.

de responder la siguiente interrogante ¿El Ecuador puede acudir a arbitraje internacional en material comercial, contractual y de inversiones?

Para responder a esta pregunta, se debe dividir la misma en dos momentos: primero, sobre la posibilidad del estado de acudir a arbitraje internacional; y segundo, respecto a la factibilidad de esta opción en temas contractuales, comerciales y en materia de inversiones.

6.1. Posibilidad de acudir a arbitrajes internacionales

En cuanto a la primera opción, es claro que el arbitraje –como mecanismo de solución de controversias– está reconocido constitucionalmente. Por ende, es lógico que este mecanismo puede ser adoptado tanto por el Estado como por particulares, y entre ellos.

Es absurdo sostener, como lo ha hecho cierto sector[44], que en la CRE no se reconoce al arbitraje internacional como tal, sino únicamente al arbitraje local, pretendiendo realizar distinciones no previstas en norma alguna. Esta interpretación implicaría anular la voluntad soberana de reconocer a este mecanismo de solución de controversias en el Ecuador.

Alberto Acosta Espinosa, quien fuese constituyente, para sostener esta postura –asistemática a nuestro criterio–, hace eco de la intervención de un asambleísta en el debate de la inclusión de esta norma[45], para señalar que el objetivo era prohibir los arbitrajes internacionales entre el Estado y particulares. Obviamente se citan fragmentos aislados, a través de los cuales se quiere hacer denotar que el criterio expuesto por este asambleísta era la voluntad final del constituyente.

Este argumento es inconsistente por, al menos, dos razones. Primero, si el constituyente hubiese querido prohibir el arbitraje internacional entre el Estado y particulares, habría expresamente previsto una regulación en este sentido, y no una norma prohibitiva relativa en cuanto al origen y materia arbitral. Segundo, porque Alberto Acosta ignora una de las reglas básicas de la interpreta-

44 Ver Caso No. 0002-18-IC, *Amicus Curiae*

45 "Recomiendo revisar las diversas actas de los debates del pleno de la Constituyentín (sic) en donde se discutieron los temas relativos a las relaciones internacionales para constatal (sic) el espíritu dominante. Vale la pena destacar el pronunciamiento en esa sesión de Asamblea de la asambleísta constituyente Alexandra Ocies, actualmente Secretaria de Gestión de Riesgos, que -ver en la página 138 del Acta 038- expresó con claridad que "el objetivo de este artículo es rechazar el arbitraje entre el Estado y personas del derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales (sic)." (…) Llegados a este punto bien podría la Corte Constitucional, actuando de buena fé (sic), se entiende, ratificar la vigencia del artículo 422, expresando con claridad comos e (sic) asumen a relaciones contractuales, en los términos como se las define en este tipo de tratados, que ya fue expuesta anteriormente. Simultáneamente la Corte Cosntitucional (sic) debería manifestar, una vez más, su oposición a cualquier forma de cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial, que forman, como se ha demostrado, la esencia en la que se desempeñan las inversiones extranjeras." Caso No. 0002-18-IC, *Amicus Curiae*.

ción jurídica, esto es, que cuando el texto –sentido– de la norma es claro[46], no se puede invocar al espíritu del legislador a pretexto de cambiar su sentido.[47]

Por tanto, a nuestro juicio, es innegable que el Ecuador puede acudir a sedes arbitrales internacionales para resolver sus controversias, con los matices y restricciones previstas en el texto constitucional.

6.2. Posibilidad de que el Estado acuda a arbitrajes internacionales con privados en temas contractuales, comerciales y de inversión

En lo referente a la segunda opción, la respuesta, sin duda alguna, es afirmativa. El Ecuador en efecto puede acudir a arbitrajes internacionales –y locales– con personas privadas, no solo en temas contractuales o comerciales, sino en varios ámbitos.

En el texto constitucional, en cuanto a arbitrajes internacionales en materia contractual y comercial se refiere, se recoge una prohibición de fuente u origen. Es decir, lo que el constituyente restringió es que el Ecuador acuda a sedes arbitrales en temas contractuales y comerciales mediante tratados internacionales y no a través de otra fuente, como, por ejemplo, convenios privados o contratos propiamente dichos.

Ahora bien, en cuanto a inversión extranjera, *prima facie*, no existe restricción ni de fuente ni de materia para que el estado acuda a arbitraje internacional. Sobre el tema volveremos más adelante, pero, en principio, diríamos que únicamente bastaría seguir los pasos descritos en la Ley de Arbitraje y Mediación para dicho propósito.[48]

De hecho, es necesario advertir que la actual conformación de la Corte Constitucional, de cierta manera, al analizar si el "Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa

46 "He modificado a propósito el enunciado de la 1° regla del art. 18 del Código Civil, sustituyendo la palabra "sentido" por el vocablo "texto", para subrayar los excesos a los que ha conducido la adopción del método exegético. En efecto, en la práctica judicial, administrativa y forense, se ha magnificado de tal manera la importancia del análisis gramatical, que se ha tergiversado la propia expresión de la regla y, lejos de buscar el sentido de la ley, se suele limitar todo el análisis a determinar si el texto de la norma es claro […]" César Coronel Jones, "Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana", *Ius Humani. Revista de Derecho* no. 1. (enero 2008): 210.

47 "Art. 18.- […] 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu." Artículo 18, CC.

48 "Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad." Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. 309 de 21 de agosto de 2018.

del Brasil" requería o no aprobación legislativa, ha indicado que las cuestiones comerciales y las cuestiones de inversiones son distintas bajo el siguiente texto:

> Por otro lado, no se evidencia que las disposiciones del Acuerdo comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (Art. 419.6). Al respecto, cabe acotar que el Acuerdo tiene como objetivo fomentar la inversión entre los Estados parte, a través de disposiciones que conceden ciertos derechos y garantías por parte del Estado receptor de la inversión a favor de los inversionistas de la otra parte. Como todo instrumento internacional de promoción de inversiones, el Acuerdo busca fomentar la exportación de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros. Esto no deriva en la creación de obligaciones tendientes a la integración entre los Estados parte. Tampoco se verifica que el Acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país.[49]

Por ello, no es correcto aseverar que el Ecuador no puede acudir a arbitrajes internacionales en asuntos comerciales, contractuales o de inversión con personas privadas, pues lo único que existe es una prohibición de la fuente del arbitraje en materias específicas, más no del mecanismo de resolución de controversias como tal.[50]

Hay que tener especial cuidado en determinar qué materia tiene una prohibición arbitral de fuente, esto es, que se incluya la cláusula arbitral en un tratado internacional, conforme se advirtió anteriormente. Como quedó expuesto, no todo tema contractual puede entenderse incluido en esta prohibición, dado que solo será aquello donde el Estado ejerce jurisdicción soberana, lo cual, en nuestro criterio, debe ser entendido en armonía con los matices antes señalados.

7. ¿El Ecuador puede suscribir un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) donde se prevea una cláusula arbitral para la solución de controversias?

Una de las dudas centrales que se pretende solventar a través del presente trabajo, es si el Ecuador puede suscribir un TBI en el que se prevea una cláusula o compromiso arbitral para la solución de controversias en materia de inversión.

En este apartado, una vez hechas las aclaraciones precedentes, intentaremos responder a esta interrogante. Para poder responder a ella, es necesario dividir este acápite en dos puntos (aun cuando uno de ellos ya ha quedado absuelto) que se detallan a continuación.

49 Caso No. 34-19-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2019.
50 Ver. Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008 y Artículo 42, LAM.

El primer punto a dilucidar es si el Ecuador podría –en general– acudir a arbitrajes internacionales en materia de inversión extranjera. La respuesta, como ha quedado desarrollado en el acápite 5.2, es que indudablemente sí, pues la CRE no restringe esta posibilidad de manera alguna.

El segundo punto a absolver es si el Ecuador puede pactar en un convenio internacional en materia de inversiones (TBI) un convenio arbitral que implique que el estado pueda dirimir las controversias suscitadas con un privado ante un tribunal arbitral.

En nuestro criterio, el Ecuador sí puede suscribir un TBI en el que existan uno o varios convenios arbitrales. A continuación, explicamos los motivos de esta afirmación:

a. En cuanto a la material arbitral o materia transigible, la inversión extranjera cumple con este propósito por lo siguiente: (i) no existe candado constitucional alguno que impida que esta materia sea sometida a un arbitraje internacional por parte del estado; y (ii) no existe una restricción de fuente para que el Estado acuda a arbitrajes internacionales en materia de inversión. De hecho, esta es reconocida como una materia autónoma al tema comercial en la propia CRE[51], tal y como lo refleja el contenido de los artículos 336[52], 338[53], 416 numeral 12[54], entre otros más.

   De allí que, en principio, no podría hacerse extensible la prohibición de origen antes expuesta o, al menos, no podría tenérsela como absoluta pues deberíamos hacerlo con beneficio de inventario. Lo dicho tiene su sustento en la teoría de las obligaciones, dado que de un determinado negocio jurídico, emergen un sinnúmero de obligaciones para las partes, muchas de las cuales son transigibles y otras tantas no.[55] Lo propio ocurre en el campo de las inversiones, estas generan ciertas obligaciones que naturalmente no pueden se transigibles, mientras que otras sí.[56]

51 De manera tangencial, la conformación de la Corte Constitucional de 2019 ha advertido esta diferenciación en el Dictamen No. 034-19-TI/19 de 4 de diciembre de 2019.

52 "Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley." Artículo 336, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

53 "Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales." Artículo 339, Constitución de la República del Ecuador.

54 "Artículo 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: […] 12.- Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados." Artículo 416, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

55 Por ejemplo, en materia laboral, de acuerdo con el artículo 326 de la Constitución, la transacción es permitida, sin embargo, aquello no quiere decir que todas las obligaciones que emergen de este tipo de relaciones lo sean. Así, los derechos primarios no son transigibles, mientras que los derechos extraordinarios sí lo son.

56 Juan Manuel Marchán, "El Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución", *Iuris Dictio* 12, no. 14 (septiembre 2010):

b. Las controversias que surjan del cumplimiento o no de un TBI no son de origen contractual o comercial, son obligaciones de naturaleza internacional que el estado se compromete a cumplir. Por tanto, de acuerdo con el texto del artículo 422 de la CRE, no existiría prohibición alguna para que el Ecuador suscriba estos tratados.

c. El órgano jurisdiccional natural encargado de resolver sobre el cumplimiento de un tratado internacional –como lo sería un TBI–, no es un tribunal doméstico. No existe jurisdicción soberana para determinar si el estado ha cumplido o no sus compromisos con la comunidad internacional.

d. En los TBI no existe una cláusula arbitral propiamente dicha, sino que se trata de una oferta unilateral de acudir a arbitraje, que puede o no materializarse. En realidad, es un compromiso que realiza el estado con la comunidad internacional de que, frente a inversión extranjera, ofertará unilateralmente al inversor resolver las controversias que puedan surgir en la aplicación del TBI en un arbitraje internacional.

   Si el privado acepta esta oferta del estado, lo que ocurriría es que en el contrato respectivo se plasmaría la cláusula arbitral en estricto sentido. No existiendo prohibición alguna para que el estado, a través de un contrato, resuelva acudir a un arbitraje internacional para dilucidar las controversias derivadas del cumplimiento de un instrumento internacional.

Estos elementos, que ciertamente podrían ser desarrollados con mayor profundidad, ni siquiera han sido objeto de análisis por la Corte Constitucional.[57] Por el contrario, esta Corporación ha esgrimido argumentos políticos y abstractos para declarar la inconstitucionalidad de los TBI suscritos por el Ecuador.

Un ejemplo de aquello, lo tenemos en el Dictamen No. 035-10-DTI-CC de 7 de octubre de 2010:

> En efecto, revisado el texto del Convenio se establece que el mismo contiene cláusulas contrarias a la Constitución y consecuentemente lesivas para el interés nacional, como es el caso de la prevista en el artículo XIII del Acuerdo que somete al Estado ecuatoriano al arbitraje internacional para la solución de conilictos (sic), en desmedro de lo estipulado en el artículo 422 de la Constitución de la República que establece: "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas"; al someter jurisdiccionalmente al Ec-

204, https://doi.org/10.18272/iu.v12i14.708.

57 Es importante aclarar que nos referimos a la conformación de esta alta Corte de entre 2010 a 2018, pues los jueces de 2019 aún no han conocido un caso sobre esta materia.

> uador al arbitraje internacional, no sería raro que se presenten experiencias como las que ha descrito el Presidente de la República, en el sentido de que al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano se priorice el concepto de la "inversión", en menoscabo del ordenamiento interno, al considerar que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias", o a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es "confiscatoria", lo que evidentemente habría lesionado el interés nacional, justificándose de esta manera la intención de denunciar por parte del Presidente Constitucional de la República al Convenio en mención. Lo que no solo atenta al artículo XIII sino también el artículo XIV del Convenio a la Constitución de la República del Ecuador.

Como se observa, la Corte Constitucional jamás analiza por qué supuestamente existiría cesión de jurisdicción soberana en este caso, sino que con un argumento político, se limita a señalar que "no sería raro" que los tribunales arbitrales prioricen a la "inversión" y, por ello, el TBI se volvería lesivo para los intereses del estado, pues esas son las experiencias que "el presidente de la República" ha relatado.

Este tipo de "argumentaciones" –si cabe el término– demuestran que el artículo 422 de la CRE no consagra prohibición alguna respecto a que el Ecuador suscriba un TBI en el que se advierta sobre la posibilidad para acudir a un arbitraje internacional para determinar si se ha cumplido o no con los compromisos internacionales asumidos. De no ser así, la Corte habría realizado una interpretación –propiamente dicha– del artículo 422 para delimitar su alcance. Sin embargo, jamás lo ha hecho.

Inclusive, la Corte llegó al extremo de emitir pronunciamientos contradictorios para pretender forzar lo que implicaría el término jurisdicción soberana. Así, por ejemplo, en el Dictamen No. 035-10-DTI-CC –antes referido– implícitamente se reconoce que los temas relativos al cumplimiento o no de un TBI no son asuntos de jurisdicción soberana, pues el fundamento para señalar que el tratado internacional objeto de análisis en dicho fallo sería opuesto a la CRE, es que "no sería raro que se presenten experiencias como las que ha descrito el Presidente de la República, en el sentido de que al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano se priorice el concepto de la inversión".

Es decir, no es inconstitucional en tanto no cede jurisdicción, sino en cuanto resultaría desfavorable el TBI porque, a juicio de la Corte, los tribunales siempre fallarán en contra del estado. Bajo este argumento, los ciudadanos tampoco deberíamos acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo –o Fiscal– para resolver nuestras controversias, pues es razonable concluir que

dichos Tribunales fallarán siempre a favor del estado. Este tipo de argumentos solo tiene cabida en esferas políticas, pues ni en las esferas más elementales del orden jurídico podría aceptarse una fundamentación de esta naturaleza.

Más allá de lo elemental de este argumento de la Corte, este resulta complemente opuesto a lo esgrimido por la Magistratura en el Dictamen No. 023-10-DTI-CC, donde expresamente señaló que las diferencias sobre el cumplimiento de un TBI sí se encasillan dentro de la denominada jurisdicción soberana, sin analizar ni referir cómo es que este asunto es un aspecto soberano del Ecuador.[58]

Estas contradicciones, restadas de relevancia por aquellos quienes desean mutar arbitrariamente al texto constitucional[59], denotan que no existe prohibición alguna para que el estado acuda a arbitrajes internacionales a través de un TBI. Por el contrario, estos dictámenes, entre otros más[60], solo reafirman que la Corte Constitucional en su momento emitió criterios políticos, pues la fuente del Derecho de sus fallos era "los ejemplos del Presidente de la República"[61] y no un ejercicio de interpretación hermenéutica de la norma constitucional.

8. Conclusiones

Lo desarrollado en este trabajo únicamente es una aproximación a un análisis interpretativo –que debería ser exhaustivo– del artículo 422 de la CRE. De ninguna manera creemos que la interpretación precedente agote la discusión sobre el alcance de la norma constitucional, pero sí constituye un punto de partida para que la Corte Constitucional –por primera vez en más de diez

58 "Al respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo cual en concordancia con lo expresado en el análisis del artículo 7, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, el mantener este mecanismo de solución de conflictos atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales. Es por ello que acorde a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, porque iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose el artículo 422 de la Constitución." Caso No. 0006-10-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de junio de 2010.

59 "De hecho la Corte Constitucional ya aceptó la inconstitucionalidad de 17 tratados de este tipo; que lo haya hecho con diversos criterios no cambia lo de fondo: son tratados inconstitucionales en tanto afectan el artículo 422 de la Constitución. Pretender una reinterpretación de lo ya declarado como inconstitucional por no tener fundamentos uniformes desconociendo lo medular: la violación al artículo 422, resulta inaceptable; es más, tratar de construir un argumento desde esa posición insostenible indicando que esa falta de uniformidad genera inseguridad jurídica es una verdadera aberración. Señoras juezas y señores jueces, la seguridad jurídica sufriría una grave afectación si ustedes, es decir la Corte Constitucional, atropellan la Constitución al cambiar el sentido y el espíritu del artículo 422 y de la Constitución vista en su integralidad, tema que abordaremos más adelante." Caso No. 0002-18-IC, Corte Constitucional, *Amicus Curiae* presentado por Alberto Acosta, 8 de marzo de 2020.

60 Ver Caso No. 0015-13-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de julio de 2013. Caso No. 0010-11-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de abril de 2013, entre otros.

61 Ver Caso No. 0003-10-TI, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de octubre de 2010.

años– realice un verdadero ejercicio de interpretación constitucional de dicha disposición.

Con la aclaración que antecede, de lo expuesto a lo largo de este trabajo, a manera de corolario, tenemos las siguientes conclusiones:

a. El artículo 422 de la CRE únicamente recoge una prohibición de origen o fuente para acudir a arbitraje internacional en determinadas materias. Esta prohibición de origen es mediante un instrumento internacional –concebido como norma– y no un contrato. De ninguna manera, en esta norma se incluye una nueva materia no transigible para efectos de acudir a un arbitraje –local e internacional–.

b. No es correcto afirmar que el Ecuador no puede acudir a arbitrajes internacionales en materia comercial o contractual, pues lo que no puede hacer el estado, en realidad, es –con los matices antes expuestos– pactar en un instrumento internacional un convenio arbitral para estas materias. Ello no obsta que en un contrato público se pacte como mecanismo de solución de controversias el arbitraje internacional o local, conforme las reglas previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

c. No existe prohibición o restricción constitucional alguna para que el Ecuador suscriba un TBI en el que exista una cláusula que comprometa al estado a ofertar el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias respecto a las obligaciones internacionales asumidas en virtud del TBI.

d. Desde el punto de vista constitucional, la inversión extranjera es un tema autónomo a los asuntos comerciales o contractuales. Por ende, la prohibición de fuente del arbitraje contenida en el artículo 422 de la CRE, no alcanza a los temas relativos a inversión, pues aquello sería realizar una interpretación extensiva de la norma.

e. Es asistemático sostener que un TBI en el que se regula, esencialmente, una oferta unilateral de arbitraje internacional de los estados, sea incompatible con el texto constitucional. Primero, porque no existe restricción alguna y las prohibiciones del artículo 422 –como quedó expuesto– no alcanzan a esta temática. Segundo, porque resultaría ineficaz e inútil sostener aquello, toda vez que de acuerdo al marco constitucional y legal vigente, el estado –de igual manera– podría pactar arbitraje internacional con un privado en un contrato de inversión, sin que necesariamente exista un TBI para el efecto.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El fútbol profesional en Ecuador y la obligatoriedad de sometimiento al Tribunal Arbitral del Deporte

Ecuadorian professional football and the mandatory subordination to the Court of Arbitration for Sport

Gabriel Santiago Vela Rubio*

Recibido / Received: 30/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2196

Citación:
Vela Rubio, G.S. «El fútbol profesional en Ecuador y la obligatoriedad de sometimiento al Tribunal Arbitral del Deporte». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 285 - 310, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2196

* Abogado del área judicial en Durini & Guerrero Abogados casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: gvela@dgalegal.com / gabrielvela1995@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0847-5935

Resumen
El presente ensayo jurídico tiene la finalidad de realizar un análisis normativo nacional, internacional y doctrinal, respecto de cómo el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) tiene potestad para la resolución de controversias en materia deportiva para equipos de fútbol profesional ecuatorianos. Este sometimiento al arbitraje nace del consentimiento obligado e impuesto, gracias al poder de organismos internacionales reguladores del fútbol profesional. Por esto, este tipo de arbitraje deportivo se ha visto envuelto en críticas, habiendo perdido uno de los elementos esenciales para el arbitraje, el consentimiento. Esta deformación del consentimiento causa que las partes cuestionen las potestades del TAS, la seguridad jurídica e incluso su imparcialidad. Por lo tanto, es necesario entender como una vía alternativa se ha convertido en el único medio para acceder a la justicia en controversias relacionadas con el fútbol. De tal manera, se evidencia un arbitraje deformado, manteniendo únicamente su forma procesal, pero perdiendo su esencia.

Palabras clave
Arbitraje; arbitraje deportivo; consentimiento voluntario; seguridad jurídica; resolución de conflictos

Abstract
This legal essay has the purpose of carrying out a national, international, and doctrinal normative analysis, regarding how the Court of Arbitration for Sport (CAS) has the power to resolve controversies in sports matters for Ecuadorian professional soccer teams. This submission to arbitration arises from the compulsory and imposed consent, thanks to the power of international professional football regulatory bodies. For this reason, this type of sports arbitration has been involved in criticism, having lost one of the essential elements for arbitration; consent. This deformation of consent causes the parties to question the powers of the CAS, the legal security and even its impartiality. Therefore, it is necessary to understand how an alternative way has become the only path to access justice in controversies related to football. Consequently, a distorted arbitration is the result, maintaining only its procedural form, but losing its essence.

Keywords
Arbitration; sports arbitration; voluntary consent; judicial certainty; conflict resolution

1. Introducción

El arbitraje deportivo es una rama especializada del derecho que ha tomado mucha fuerza en las últimas cuatro décadas. Siendo este ámbito legal, sus procesos y sus competencias, tan recientes y todavía en constante desarrollo, cabe analizar ciertos elementos de dichas disputas y cómo estos son resueltos en el Tribunal Arbitral del Deporte (en adelante TAS).

Los deportes profesionales, como cualquier otra parte de la vida, tienen conflictos en diferentes ámbitos. Estos conflictos, a pesar de tener componentes contractuales, laborales y de otras materias jurídicas, no son resueltos como cualquier otro contrato celebrado en Ecuador. Contrariamente, este tipo de conflictos, en casos no relacionados con el deporte, usualmente son resueltos en la vía ordinaria o en ciertos casos pueden ser resueltos mediante el arbitraje.

En el caso del fútbol profesional en Ecuador, los problemas relacionados tanto con los equipos profesionales como con sus jugadores, tienen una vía arbitral nacional para ser resueltos. Sin embargo, existe un órgano superior al cual se debe acudir como última instancia, el Tribunal Arbitral del Deporte. Este tribunal busca resolver a través de la mediación y el arbitraje los conflictos que puedan nacer en el ámbito deportivo. Se pretende hacer esto al proporcionar un tribunal independiente de cualquier federación, asociación, confederación u otro tipo de organización para resolver controversias.

Para entender lo dicho previamente, es necesario comprender primero en qué consiste el arbitraje como vía para solventar disputas. El arbitraje es uno de los denominados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, es decir una vía alternativa a la justicia ordinaria, que permite resolver controversias con el mismo valor jurídico.

> El término justicia alternativa se puede entender como "una estructura procesal distinta de la jurisdiccional para la solución de controversias entre particulares" a través de los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos. Como ya se ha apuntado, los métodos clásicos de resolución de conflictos son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.[1]

Como es evidente, para que el arbitraje sea una justicia alternativa, tiene que existir una justicia ordinaria.

Extrañamente, en el caso de los temas deportivos, específicamente en controversias relacionadas con los clubes, sus jugadores y las distintas asociaciones y federaciones de fútbol profesional en el Ecuador; las partes se someten obli-

1 Wendolyne Nava González y Jorge Antonio Breceda Pérez, "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (2017), 2.

gatoriamente a resolver sus disputas mediante arbitraje, motivo por el cual no existe realmente una justicia ordinaria a la cual acudir. Es así como la primera instancia a la cual se deber recurrir es al Tribunal Arbitral Especial de la Federación, como lo dicta la Ley del Futbolista Profesional.[2]

A pesar de lo mencionado en la ley anterior, en la actualidad el fútbol profesional se encuentra reglado por el Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, la cual, por acuerdo de todos los equipos profesionales, maneja la categoría más alta del fútbol profesional ecuatoriano, es decir la Serie A y la Serie B.[3] En dicho estatuto, se reconoce en el artículo 8 numeral 9, que uno de los requisitos para la afiliación a este organismo es el "[a]ceptar la correspondiente jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), Lausana, Suiza".[4] Por ende, se evidencia que la vía arbitral se ha convertido en la única vía para acudir a la justicia por parte de los equipos ecuatorianos de fútbol profesional, así como de sus jugadores. Por lo cual, se deben entender las potestades, procesos y funcionamiento de dicha vía para poder así determinar si esta es realmente un método arbitral o si pierde su esencia, principalmente por el elemento de consentimiento de las partes.

Los organismos internacionales de fútbol como la FIFA y la CONMEBOL han establecido como obligaciones para sus miembros el sometimiento a arbitraje y el reconocimiento de la jurisdicción del TAS. Asimismo, se establece que de forma obligatoria los equipos parte de las federaciones, así como sus jugadores, también deban someterse al TAS.

Estas cláusulas arbitrales no negociables, generan que el elemento esencial del arbitraje, el consentimiento voluntario, se vea violentado al tener una parte estableciendo las condiciones, mientras la otra parte debe aceptarlas en su totalidad o al rechazar, dejar de competir en el fútbol profesional. Estas reglas que se deben aceptar se han convertido en una especie de contrato de adhesión, es decir un contrato establecido unilateralmente que permite a la otra parte aceptarlo o rechazarlo enteramente.[5] Por esto, se pueden generar beneficios únicamente a una de las partes, por lo que existen casos donde se ha cuestionado este consentimiento forzoso para el sometimiento al arbitraje del TAS.

Mediante el análisis exhaustivo de normativa local e internacional, así como doctrina sobre arbitraje, el presente ensayo jurídico buscará determinar si el arbitraje obligatorio ante el TAS es verdaderamente arbitraje, entendido el mismo como un mecanismo alternativo y voluntario de solución de contro-

2 Artículo 31, Ley del Futbolista Profesional, R.O. Suplemento 462 de 15 de junio de 1994, reformado por última vez el 14 de mayo de 2001.

3 Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, "¿Qué es la LigaPro?", LigaPro EC, 2020, https://www.ligapro.ec/about.

4 Artículo 8, Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, R.O. Edición Especial 930 del 22 de mayo de 2019.

5 Artículo 2, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000, reformado por última vez el 6 de mayo de 2019.

versias. Paralelamente, se analizará si el consentimiento voluntario sigue existiendo en estos casos, o si, por el contrario, se encuentra vulnerado por la necesidad de recurrir a la vía del arbitraje y viciándose su voluntad al hacerlo de manera obligatoria.

2. Marco teórico aplicable

2.1. Marco normativo

El presente ensayo jurídico se basa en normativa nacional e internacional que regula casos de controversias en materia deportiva, especialmente en el fútbol, sus asociaciones, clubes, jugadores y otras partes relacionadas. Primero, se tomará en cuenta el Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport, máximo órgano de resolución de controversias en este campo. Al ser este el encargado de tomar decisiones de última instancia, se analizará cómo y cuándo nació, sus procedimientos y atribuciones. Además, se analizará cómo las partes dan su consentimiento para solventar las posibles disputas mediante arbitraje.

La segunda normativa que se analizará es la Ley del Futbolista Profesional, la cual, a pesar de tener más de 20 años de vigencia, ya preveía al arbitraje como medio para la resolución de conflictos.

Relacionado con la norma anterior, está el Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, normativa que nace del Acuerdo Ministerial 123 y que regula las dos divisiones más altas del fútbol ecuatoriano. Este estatuto moderno contempla el arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte de manera expresa y define bajo qué circunstancias se debe aplicar esta vía.

A nivel continental existe la normativa de la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL), la cual, al ser una asociación de todos los organismos nacionales de los estados de Sudamérica, regula de manera amplia el fútbol en el continente. Esta norma demuestra de manera más amplia las potestades de resolución de conflicto de la CONMEBOL y; además, habla sobre cómo y en qué casos la CONMEBOL puede involucrarse como apoyo de uno de los países miembros en un arbitraje.

Para ejemplificar de manera más concreta sobre cómo se regula a los clubes, se tomará en cuenta el estatuto del Club Deportivo Profesional Independiente del Valle. A través de su análisis, se podrá entender a detalle cómo los clubes se ven sujetos a recurrir al TAS, pero también estos obligan a que conflictos contractuales relacionados con ellos deben ser manejados mediante el arbitraje.

1.2. Estado del arte

Es necesario entender que el arbitraje deportivo no ha sido desarrollado muy ampliamente a nivel local, más bien ha sido analizado jurídicamente en otros países de Latinoamérica y España.

José Carlos Fernández Rozas analizó los elementos de la denominada justicia arbitral, para lo cual entiende que los árbitros para dichos conflictos obtienen su poder del consentimiento de las partes para no acudir a la justicia ordinara.

> El árbitro es una persona que actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pudiendo las partes obtener a través de su actuación objetivos similares a los que alcanzarían acudiendo a la justicia estatal. Se erige el árbitro en tal sentido, como una manifestación de la libertad de los ciudadanos y como expresión subjetiva de la autonomía de la voluntad respaldada por las constituciones.[6]

Joseph L. Daly, desarrolla que el arbitraje nace usualmente como consecuencia de un acuerdo previo al conflicto, es decir usualmente por contrato de las partes. Existen cláusulas arbitrales que ambas partes acuerdan para establecer el modo que el proceso arbitral debe llevarse a cabo.

> *In a free-market, free-trade economy, the parties to an arbitration agreement have wide latitude in drafting the arbitration clause. Because the arbitration clause affects how the entire arbitration process will process, careful drafting is required. The treatment given an arbitration clause resembles that of any-free market contract.*[7]

En el ámbito del arbitraje deportivo, Vicente Javaloyes Sanchis, en su tesis doctoral, analiza que el arbitraje deportivo del TAS existe no solo por preferencia de las partes, sino por necesidad de éstas. Con esto se refiere a que, al tener un tribunal especializado para conflictos deportivos, los cuales cada vez son más frecuentes, permite que estos sean resueltos de conformidad con lo que la materia deportiva exige.

> En primer lugar, nos encontramos ante un importante aumento del número de litigios en el ámbito deportivo, la mayoría de las veces derivados de la creciente profesionalización y de los intereses económicos y comerciales que le acompañan. En segundo lugar, se podía comprobar que numerosas decisiones de los tribunales ordinarios aparecían manifiestamente inadaptadas a las circunstancias y peculiaridades deportivas, corriéndose el riesgo de alterar el desarrollo normal de las competiciones, e incluso, de alterar peligrosamente la organización del deporte en general.[8]

6 José Carlos Fernández Rozas, "Elementos configuradores de la justicia arbitral", *Revista Internacional de Arbitraje* (2009).
7 Joseph L. Daly, "Arbitration: The Basics", *Journal of American Arbitration* 5 (2006).
8 Vicente Javaloyes Sanchis, "El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte", *Working paper Universitat de Lleida,* (2014),69.

Frente al cuestionamiento de las potestades del TAS, el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Nicolás Rosero Espinosa, menciona que el tribunal tiene amplias potestades para conocer conflictos relacionados con el deporte.

> La arbitrabilidad refiere a aquellos asuntos que son susceptibles de ser resueltos de manera definitiva mediante arbitraje. Su observancia suele ser percibida principalmente en consideración de la naturaleza de la controversia sometida a arbitraje, caso en el cual se suele denominar como arbitrabilidad objetiva. Al respecto, el Código del TAS establece que el Tribunal estará habilitado para conocer cualquier tipo de controversia directa o indirectamente vinculada a deportes.[9]

3. El Tribunal Arbitral Deportivo y su funcionamiento:

3.1. Historia del TAS

El Tribunal de Arbitraje Deportivo nace como consecuencia del alto número de controversias relacionadas con los deportes en los años ochenta. Fue así como, en 1981, el entonces presidente del Comité Olímpico Internacional (COI), Juan Antonio Samaranch, decidió que debería existir un órgano independiente de otras jurisdicciones y especializado, para resolver este tipo de controversias. De tal manera, dos años después de la propuesta del presidente Samaranch, el Comité Olímpico Internacional ratificó el estatuto del TAS, el cual fue creado por un grupo especializado, dirigido por el señor Kéba Mbaye, miembro del COI, y además, juez de la Corte Internacional de Justicia en La Haya. Este nuevo tribunal arbitral tendría como sede la ciudad de Lausana, en Suiza.[10]

A pesar de ser un tribunal independiente y especializado en temas deportivos e incluso mayormente financiado directamente por el COI, no existían muchos casos llevados ante este tribunal. Sin embargo, en el año 1991, el Tribunal de Arbitraje Deportivo emitió una guía de arbitraje en la cual se incluían modelos de cláusulas arbitrales, de las cuales resalta la siguiente:

> *Any dispute arising from the present Statutes and Regulations of the ... Federation which cannot be settled amicably shall be settled finally by a tribunal composed in accordance with the Statute and Regulations of the Court of Arbitration for Sport to the exclusion of any recourse to the ordinary courts. The parties undertake to comply with the said Statute and Regulations, and to accept in good faith the award rendered and in no way hinder its execution.*[11]

---

9 Nicolás Rosero Espinosa, "Arbitraje Deportivo: La Experiencia del Tribunal Arbitral Du Sport*", THEMIS: Revista de Derecho* (2017).

10 Tribunal Arbitral du Sport, Origins, "History of CAS", 2020, https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html.

11 Ibid.

Esta cláusula generó un notable incremento en las disputas que recurrían al TAS, ya que como es evidente, permitía que federaciones, asociaciones o clubes puedan automáticamente decidir que cualquier disputa que nazca de sus regulaciones o estatutos deberían recurrir al TAS para resolver de manera final dicha disputa. A raíz de la popularización de esta cláusula, nace uno de los procedimientos actuales del TAS, el procedimiento de Apelación.

La cláusula arbitral de amplio espectro mencionada anteriormente generaba que cualquier decisión de la federación, asociación o equipo que tenía la cláusula como parte de sus regulaciones o estatutos, debía ser apelada ante el Tribunal Arbitral Deportivo. Fue así como en 1992, un jinete apeló ante el TAS una sanción por dopaje de la Federación Ecuestre Internacional. Dicho caso fue resuelto y se disminuyó la sanción, pero no se la quitó en su totalidad. El jinete decidió entonces que recurriría ante el Tribunal Supremo Federal de Suiza, país donde se encuentra la sede del TAS, alegando que la decisión del TAS no era válida, ya que consideraba que dicho tribunal no era imparcial e independiente. El Tribunal Supremo falló el 15 de marzo de 1993, reconociendo oficialmente al TAS como un tribunal de arbitraje independiente y autónomo de la Federación Ecuestre. No obstante, señaló que se encontraba directamente subordinado al Comité Olímpico Internacional, pues éste financiaba los procesos, así como mantenía el control de los estatutos y potestades del TAS.

Como consecuencia del fallo del Tribunal Supremo Federal de Suiza en el que claramente se apuntaba a la cercanía del TAS con el COI y las posibles complicaciones que esto podía causar a futuro, se realizaron cambios profundos en la estructura del TAS. Estos cambios buscaban generar independencia y un funcionamiento más efectivo, pero los cambios de mayor relevancia fueron dos. Primero, que el COI ya no financiaría ni supervisaría al TAS, sino que se crearía un órgano específico para dicho trabajo: el Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (CIAS). El segundo sería que se dividiría el procedimiento único que existía hasta la fecha, y se crearía el Proceso de Arbitraje de Apelación y el Proceso de Arbitraje Ordinario.

3.2. Objetivos del TAS

El Tribunal de Arbitraje Deportivo es un tribunal internacional, independiente de cualquier federación, asociación, comité u otra organización deportiva en el mundo. Por estas características, busca especializarse en la resolución de conflictos y garantizar fallos con el debido conocimiento sobre la materia e independencia de cualquier tipo de presiones al momento de resolver.

Para poder cumplir con lo mencionado, es necesario que los encargados de resolver estos conflictos puedan demostrar su calidad no solo en méritos académicos sino en el contenido de sus fallos. Es así como el TAS se encarga de

brindar árbitros sumamente calificados y especializados para estos conflictos. De tal manera, en el artículo S14 del Código de Arbitraje Deportivo del TAS se dicta lo siguiente:

> Al constituir la lista de árbitros del TAS, el CIAS deberá nombrar a personas que tengan la formación jurídica adecuada, competencia reconocida en el ámbito del derecho deportivo y/o el arbitraje internacional, buenos conocimientos del deporte en general y un buen dominio de, al menos, uno de los idiomas de trabajo del TAS, cuyos nombres y cualificaciones serán puestos de manifiesto al CIAS especialmente por el COI, las FI, los Comités Olímpicos Nacionales (CNO) y por las comisiones de deportistas del COI, las FI y los CNO. El CIAS podrá identificar a árbitros que tengan una especialización particular para tratar cierto tipo de controversias.[12]

Como se evidencia, los árbitros del TAS necesitan pasar una calificación muy minuciosa y cumplir con varios requisitos para entrar en la lista de árbitros. Esta calificación no solo se la hace con base al cumplimiento de los requisitos, sino con fundamento en el verdadero valor que los árbitros brindan al TAS y las necesidades que estos pueden cumplir en tipos de controversias muy específicas que otros no podrían.

A pesar de que los árbitros son sumamente calificados para resolver los conflictos relacionados con los deportes, uno de los elementos más importantes del TAS son las diferentes cámaras y procedimientos que tiene.

La primera cámara del Tribunal Arbitral del Deporte es la Cámara de arbitraje ordinario. Esta tiene como objetivo llevar controversias relacionadas principalmente con incumplimientos contractuales. Es decir, la venta de jugadores entre clubes, contratos laborales, contratos de auspiciantes o cualquier otro tipo de contrato relacionado con deportes.

La segunda cámara del TAS es la Cámara Antidopaje, la cual, como su nombre lo dice, se concentra en resolver controversias relacionadas con temas antidopaje. Este proceso se lo lleva ante el TAS por delegación del Comité Olímpico Internacional, Comité Paralímpico Internacional o cualquier otra entidad que se encuentre adherida al Código Mundial Antidopaje.[13]

Por último, está la Cámara de Arbitraje de Apelación, la cual se encarga de resolver apelaciones de decisiones tomadas por entidades deportivas. Estas entidades pueden ser federaciones, asociaciones u otras organizaciones y permite apelar a sanciones o medidas, e incluso a los estatutos de estas organizaciones.

12 Artículo S14, Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport, 1984, Modificado por última vez 01 de julio de 2020.

13 Tribunal Arbitral du Sport, Origins, "Arbitration Rules", 2020, https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html.

Mediante las diferentes cámaras, el TAS busca garantizar que varios tipos de conflictos se puedan solucionar de la manera más efectiva y eficiente, especializando los procedimientos para cada cámara y su función. Además, a pesar de tener su sede en la ciudad de Lausana, el TAS permite según el artículo R28 de su Código que "[…] si estuviera justificado por las circunstancias, y previa consulta con todas las partes, el/la presidente/a de la Formación podrá decidir celebrar una audiencia en otro lugar y podrá establecer las instrucciones oportunas en relación con la misma".[14] Es decir que, el TAS puede adaptarse y buscar el método más adecuado para un caso en particular.

4. Clubes ecuatorianos y el arbitraje

Previamente se mencionó que en Ecuador los clubes de fútbol profesional no tienen una vía ordinaria a la cual recurrir, esto debido a las cláusulas arbitrales que renuncian a la jurisdicción ordinaria para someterse a la resolución de controversias mediante arbitraje nacional o el arbitraje ante el TAS. En el primer caso, se habla del Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol. Se debe recurrir a este tribunal según lo prescrito en la Ley del Futbolista Profesional. Sin embargo, el Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, actual órgano rector del campeonato nacional profesional habla únicamente del arbitraje del TAS.

Adicionalmente, es importante examinar por qué los equipos y los jugadores desean llegar a competir al nivel profesional. Con relación a esto, el artículo 60 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación dicta que "el deporte profesional comprenderá las actividades que son remuneradas y lo desarrollarán las organizaciones deportivas legalmente constituidas y reconocidas, desde la búsqueda y selección de talentos hasta el alto rendimiento".[15] Al ser el nivel máximo donde se remunera la actividad deportiva, los jugadores y equipos de fútbol buscan alcanzarlo y así desarrollar esta profesión.

4.1. Liga Profesional de Fútbol del Ecuador

En el 2019, se constituyó la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, la cual representa el nuevo ente regulador del campeonato profesional de primera y segunda categoría del Ecuador (Serie A y Serie B). Sus potestades nacen de lo dispuesto en el segundo inciso del preámbulo del estatuto, el cual establece lo siguiente:

> Que, mediante Convenio de Cesión de Atribuciones y Competencias entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador,

14 R28, Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport.

15 Artículo 60, Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. R.O. Suplemento 255 de 11 de agosto de 2010, reformado por última vez el 20 de febrero de 2015.

> con fecha 3 de julio Vez, (sic) las que mancomunadamente deben efectuarse, con el fin de que sea la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador la que en adelante lleve a cabo la administración de los derechos de televisión, dirija y organice los campeonatos de primera categoría serie A y serie B, en sus distintas series incluyendo las divisiones o categorías formativas, siempre en coordinación con la Federación Ecuatoriana de Fútbol en lo que queda establecido en dicho Convenio o en otros, reglamentos o manuales.[16]

De tal manera, la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, organismo con independencia absoluta de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, maneja prácticamente todos los aspectos de los campeonatos nacionales de fútbol profesional.

Al tener estas potestades es necesario que todos los clubes que compiten en las categorías reguladas por esta liga se encuentren afiliados a la misma. Esta afiliación es voluntaria, sin embargo sin esta afiliación no se puede competir en dicha liga profesional, lo cual es el objetivo de cualquier equipo de fútbol. Es así como el carácter voluntario de la afiliación se desvirtúa y los clubes lo hacen de manera forzosa, teniendo entonces que someterse a lo que el estatuto de la liga dicte, con el fin de poder competir a nivel profesional.

Entre los artículos del estatuto de la Liga, es de suma importancia el artículo 58, el cual consagra una de las cláusulas arbitrales similar a las de la guía de arbitraje de 1991 emitido por el TAS. Este artículo cita lo siguiente:

> Jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo -TAS-.- La LIGA PROFESIONAL DE FÚTBOL DEL ECUADOR, los clubes afiliados, sus miembros, jugadores, cuerpos técnicos y demás participes que formen parte o jueguen en un torneo organizado por la LIGAPRO, reconocen también y expresamente la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo -TAS- con sede en Lausana, Suiza, para el conocimiento de los recursos de apelación frente a decisiones firmes de las decisiones disciplinarias a excepto en los siguientes casos: a) Violaciones de las Reglas del Juego: b) Suspensiones de hasta cuatro partidos o de hasta tres meses (con la excepción de decisiones relacionadas con el dopaje que serán en todo caso recurribles), independientemente de la multa económica que junto a aquella se hubiera podido imponer; y, c) Decisiones contra las que procede interponer un recurso de apelación ante un tribunal de arbitraje independiente y debidamente constituido, reconocido bajo la reglamentación de la CONMEBOL. Todo pertinente recurso contra las respectivas decisiones adoptadas en última instancia por el Comité Disciplinario de la LIGAPRO podrá interponerse ante el TAS en un plazo de diez días tras notificación de la decisión. Únicamente serán competentes para conocer de los recursos interpuestos ante el TAS de conformidad con este Estatuto, árbitros de nacionalidad de algunos de los países de Sudamérica. Este procedimiento arbitral se rige por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAS, excepto en lo establecido en este artículo.[17]

16 Preámbulo, Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador.
17 Artículo 58, Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador.

Es mediante este artículo que los equipos, sus jugadores y otras personas involucradas con la Liga, se ven obligados a recurrir al arbitraje para solucionar conflictos. Es además importante aclarar que, a pesar de que los clubes son los que se afilian a la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, automáticamente los miembros de dichos equipos ya sean entrenadores, cuerpo técnico o jugadores se ven obligados a tener la vía arbitral como único medio para resolver disputas, solo por la aceptación previa de los equipos en los cuales desempeñan sus funciones.

4.2. Confederación Sudamericana de Fútbol

La Confederación Sudamericana de Fútbol, conocida como CONMEBOL, es la asociación constituida por las asociaciones de fútbol de los países de Sudamérica, miembros de la FIFA.[18] Este órgano rector del fútbol profesional de Sudamérica fue fundado el 9 de julio de 1916, con sede en Paraguay, y tiene como objetivo la organización y regulación del fútbol a nivel continental y asegurar el cumplimiento de la normativa de la *Fédération Internationale de Football Association*, o FIFA.

Este organismo tiene como parte de sus funciones de organización y regulación la resolución de disputas entre miembros de la asociación. De tal manera, la CONMEBOL sirve como mediador para la resolución amigable de controversias, pero reconoce al TAS como la última instancia en la resolución de conflictos. Para esto cabe indicar que, al igual que en el Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, se dicta que una de las obligaciones de los miembros de la asociación es la de incluir en sus estatutos correspondientes el reconocimiento de que el único medio para resolver disputas es el arbitraje ante el TAS.[19]

Adicionalmente a la obligación de los miembros de incorporar el reconocimiento del TAS, la CONMEBOL establece en el artículo 62 de su estatuto lo siguiente:

> Tribunal Arbitral del Deporte 1. La CONMEBOL reconoce la jurisdicción del Tribunal Arbitral del Deporte (TAD) con sede en Lausana (Suiza). 2. Únicamente se podrán presentar disputas ante el TAD cuando se hayan agotado todas las vías internas que apliquen. El TAD intervendrá, como órgano de alzada en todos aquellos recursos presentados contra resoluciones definitivas de la CONMEBOL, o, como tribunal de arbitraje deportivo si el litigio no recae en la jurisdicción de los órganos de la CONMEBOL o de la FIFA. 3. Las decisiones del TAD serán definitivas y vinculantes para todas las partes. […].[20]

18 Artículo 1, Estatutos de la Confederación Sudamericana de Fútbol, Congreso Extraordinario de 4 de junio de 2019.
19 Artículo 7, Estatutos de la Confederación Sudamericana de Fútbol.
20 Artículo 62, Estatutos de la Confederación Sudamericana de Fútbol.

Una vez más, los miembros de la asociación se ven obligados a tener que resolver conflictos mediante el arbitraje del TAS, ya sea como última instancia o como órgano de apelación de decisiones o sanciones de la CONMEBOL.

4.3. Equipos profesionales de fútbol

Los equipos ecuatorianos de futbol profesional también incluyen en sus estatutos las cláusulas arbitrales obligatorias. Un caso ejemplar es el de uno de los clubes ecuatorianos con mejor proyecto futbolístico en la actualidad, el Club Deportivo Profesional Independiente del Valle. Este, uno de los equipos afiliados a la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador, se ve obligado a recurrir al TAS como club, así como sus jugadores y miembros del cuerpo técnico, en los casos descritos en el artículo 58 del Estatuto de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador.

A pesar de tener la obligación de recurrir únicamente al TAS por lo establecido en dicho estatuto, eso aplica únicamente a ciertos casos. Sin embargo, el estatuto del club establece su compromiso a someterse únicamente al arbitraje del TAS en su artículo 2, el cual determina lo siguiente:

> El Club Deportivo Profesional "INDEPENDIENTE DEL VALLE", a más de observar los estatutos, reglamentos, decisiones y el código de ética de la FIFA, en todas sus actividades relacionadas con el fútbol se compromete a: a) Someterse a los estatutos, reglamentos, directivas y decisiones de la FIFA, de la CONMMEBOL, de la Federación, y, en caso de los clubes, de la asociación provincial a la que es afiliado; b) Se compromete hacer respetar lo previsto en el inciso anterior por parte de sus miembros y de toda persona, sea jugador o dirigente, con los que mantenga relación de carácter contractual; c) Adoptar una cláusula estatutaria que prevea que todos los litigios implicándolo a él o a sus miembros, en relación con los estatutos y reglamentos, directivas y decisiones de la FIFA, de la CONMEBOL, de la Federación, y en el caso de los clubes, de su asociación provincial, se someterán, exclusivamente, a la jurisdicción del arbitraje previsto en este Estatuto; d) Incorporar en todo contrato que se suscribiere con un jugador o miembro del cuerpo técnico, una cláusula estipulando que cualquier litigio derivado del contrato mencionado o en relación con él se someterá exclusivamente a la competencia de la jurisdicción del Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, que adoptará la decisión final al respecto, de acuerdo con la pertinente reglamentación.[21]

Como se puede verificar del texto citado, el Club Independiente del Valle se encarga de que todas las controversias relacionadas con el club, ya sea en materia contractual o en relación con decisiones de los órganos nacionales e internacionales que regulan el fútbol profesional, deben ser resueltos mediante la

21 Artículo 2, Estatuto del Club Deportivo Profesional Independiente del Valle. R.O. Edición Especial 930 de 22 de mayo del 2019.

vía arbitral. Cabe además recalcar que, al aceptar someterse a los estatutos de la CONMEBOL, esto automáticamente también significa someterse al TAS y no a la justicia ordinaria.

5. El consentimiento en el arbitraje

El arbitraje, al ser un método alternativo de solución de conflictos, se basa principalmente en la autonomía de la voluntad. Es decir que las partes acuerdan voluntariamente acudir a un tribunal arbitral y se comprometen así para que este resuelva su conflicto, renunciando entonces a la justicia ordinaria. Frente a esto, Ana Fernández Pérez establece que:

> El principio de la autonomía de la voluntad cabe insistir en ello, es el sustento de la institución del arbitraje […] A partir de aquí el arbitraje se configura como un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de ellos sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento.[22]

Es decir que la autonomía de la voluntad se plasma a través del consentimiento de las partes involucradas en la controversia y por lo cual se someten al arbitraje.

Paralelamente, en el arbitraje deportivo existe el mismo elemento básico para que las partes puedan someterse al arbitraje del TAS o a cualquier otro tribunal arbitral. Sin embargo, en esos casos no queda claro si el consentimiento que las partes dan es realmente voluntario o si este es forzoso.

En relación con la necesidad de consentimiento al momento de someterse al arbitraje, el Tribunal Arbitral de Deporte establece en el artículo R27 del Código de Arbitraje lo siguiente:

> Este Reglamento de procedimiento se aplica siempre que las partes hayan acordado someter una controversia relativa al deporte al TAS. Dicha sumisión puede resultar de una cláusula arbitral que figure en un contrato o un reglamento o de un acuerdo arbitral posterior (procedimiento de arbitraje ordinario) o puede estar relacionada con una apelación contra una decisión dictada por una federación, asociación u otra entidad deportiva, cuando los estatutos o reglamentos de dicha entidad o un acuerdo específico prevean la apelación al TAS (procedimiento de arbitraje de apelación).[23]

Ante dicho artículo cabe analizar cómo las partes se obligan ante el Tribunal Arbitral del Deporte en el procedimiento de arbitraje de apelación y en el procedimiento de arbitraje ordinario.

---

22 Ana Fernández Pérez. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial* (Madrid: J.M. BOSCH EDITOR 2017), 23.

23 R27, Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport.

5.1. Sometimiento a diferentes tipos de arbitraje ante el TAS

Excluyendo la vía antidopaje, existen dos diferentes tipos de arbitraje para la solución de conflictos que el TAS utiliza: i) El procedimiento de arbitraje de apelación, y ii) el procedimiento de arbitraje ordinario. A continuación, se analizará qué es cada tipo de procedimiento y cómo se da el consentimiento en cada uno.

5.1.1. Procedimiento de arbitraje de apelación

El arbitraje de apelación se enfoca en apelar una decisión emitida por una organización deportiva, por lo que se puede evidenciar en el artículo R27, citado anteriormente, que se somete al TAS cuando en los estatutos o reglamentos de la organización se prevea la apelación del TAS. En el caso del fútbol profesional, el órgano máximo a nivel mundial es la FIFA, la cual en sus estatutos no solo reconoce al TAS como órgano rector, sino que, como requisito para la admisión de una federación, se debe obligatoriamente reconocer la jurisdicción del TAS.[24] Al ser la FIFA el órgano internacional encargado de todos los torneos internacionales, es necesario ser miembro para poder participar en dichos torneos, por ende, siendo obligatorio reconocer al TAS como órgano resolutorio de apelaciones.

La FIFA obliga también a que, para ser admitida como miembro, toda federación debe estar afiliada a sus Confederaciones correspondientes. En el caso de Ecuador, la confederación a la cual se está sometido es la CONMEBOL, puesto que este es el organismo máximo a nivel regional. Esta confederación establece en el artículo 7 de sus estatutos lo siguiente:

> Las Asociaciones Miembro se obligan a:
> a. Cumplir en todo momento lo dispuesto en el Estatuto, los reglamentos, las disposiciones, circulares, resoluciones y decisiones de los órganos y comisiones de la CONMEBOL, así como con las decisiones y laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD); […]
> g. Reconocer y autorizar al arbitraje como medio exclusivo de resolución de controversias, dando prioridad a la mediación promovida por la CONMEBOL como vía previa a la resolución de disputas. En ambos casos tanto el laudo arbitral como la resolución en mediación serán vinculantes para las partes.
> l. Establecer en sus respectivos Estatutos: […] v. El reconocimiento de la jurisdicción y autoridad del TAD, así como la mediación y arbitraje como vía de resolución de disputas.[25]

24 Artículo 11.4.C, Estatutos de la FIFA, de agosto de 2018.
25 Artículo 7, Estatutos de la Confederación Sudamericana de Fútbol.

Una vez más, las federaciones se ven obligadas a reconocer al TAS como resolutor de conflictos, mas no es este un pronunciamiento voluntario puro, más bien es una cláusula no negociable para poder ser parte del fútbol profesional a nivel continental y mundial.

Adicionalmente, como se mencionó antes, el mayor incremento en arbitraje deportivo nació de la cláusula modelo de la guía de arbitraje del TAS de 1991. Esta cláusula, la cual fue adoptada ampliamente por diferentes federaciones y asociaciones deportivas, obligaba que cualquier tercero que se involucraba contractualmente con estas federaciones o asociaciones, no tenga más opción que aceptar al TAS como órgano resolutor de disputas.

Estas cláusulas obligatorias son entonces la manera en la cual las federaciones, asociaciones y otras entidades reconocen el TAS. Sin embargo, se puede ver que no existe realmente un consentimiento voluntario, sino que son elementos forzosos para ser parte de los órganos internacionales de fútbol.

5.1.2. Procedimiento de arbitraje ordinario

El procedimiento de arbitraje ordinario ocurre cuando existe una controversia relacionada con un deporte, mientras esta no sea una apelación a una decisión o por dopaje. En este caso, la voluntad para someterse al arbitraje del TAS se ve plasmada en una cláusula arbitral, ya sea en un contrato, reglamento o de un acuerdo arbitral posterior. Como en el procedimiento de apelaciones, es criticable el consentimiento que las partes dan para el arbitraje, ya que se entiende que una de las partes usualmente tiene más poder de negociación que la otra, por lo que, la segunda parte, no tiene otra posibilidad que el acceder a los términos que la primera parte impone.

Remitiéndose nuevamente al estatuto del Club Deportivo Profesional Independiente del Valle, se puede entender cómo en los casos contractuales se acuerda el someterse al arbitraje deportivo. En este caso, en el artículo 68, literal f del mencionado estatuto, se dicta lo siguiente:

> Dentro de las actividades y vinculaciones que se tiene en el fútbol ecuatoriano, para la participación en los torneos organizados por la Federación Ecuatoriana de Fútbol, el Club deberá: […] f) El Club estará obligado en todo contrato que suscriba con un Jugador o Cuerpo Técnico a establecer una cláusula en la que reconoce la jurisdicción y competencia de la Cámara de Mediación y Resolución de Disputas de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, del Tribunal Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, y del Tribunal de Arbitraje (TAS).[26]

26 Artículo 68, Estatuto del Club Deportivo Profesional Independiente del Valle.

Es decir que un jugador que ha logrado llegar al nivel profesional y es contratado para prestar sus servicios en un equipo como el Independiente del Valle, debe aceptar en su contrato que cualquier controversia con el club será sometida a arbitraje. Como se puede ver en el mencionado artículo, para participar en cualquier torneo de la FEF, esta federación obliga a los clubes a establecer estas cláusulas arbitrales. De tal manera, se puede ver una cadena de consentimiento obligatorio al arbitraje ya que la Federación Ecuatoriana de Fútbol se ve obligada a reconocer al TAS como órgano solucionador de controversias puesto que la CONMEBOL y la FIFA lo obligan. Consecuentemente, la FEF obliga a los miembros de su organización a reconocer al arbitraje y estos equipos obligan a sus jugadores a someterse al arbitraje.

Nicolás Rosero Espinosa, analiza el consentimiento para el arbitraje ante el TAS, concluyendo que:

> Existe sin embargo un sector de la doctrina que considera que hablar de consensualidad en el arbitraje deportivo es un abuso del lenguaje. De acuerdo con esta posición, en la práctica no existe consentimiento mutuo de las partes para acceder al arbitraje deportivo, puesto que en la mayoría de los casos el deportista se encuentra en una posición de desventaja donde no tiene más opción que aceptar el arbitraje.[27]

Este análisis evidencia cómo, en el sometimiento al arbitraje deportivo, existe siempre una parte con más autoridad que la otra, por lo que le es fácil imponer estas cláusulas ya que, en caso de no estar de acuerdo, no se puede participar en ningún torneo ni equipo a nivel profesional.

5.2. Contratos de adhesión

Habiéndose analizado cómo las federaciones, equipos de fútbol y jugadores profesionales no tienen mayor opción al momento de aceptar las cláusulas arbitrales, es inevitable el análisis de si estos contratos, estatutos o reglamentos que establecen estas cláusulas arbitrales innegociables son una especie de contratos de adhesión.

Primero, se debe definir lo que es un contrato de adhesión, ante lo cual existen muchas definiciones y condiciones. En este sentido, el profesor de la Universidad Diego Portales de Chile, Iñigo De La Maza Gazmuri, define a los contratos de adhesión de manera general como "[l]a idea de que una de las partes –por regla general la más poderosa económicamente– presente a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos […]".[28] Esta definición de contratos de adhe-

27 Nicolás Rosero Espinosa, "Arbitraje Deportivo: La Experiencia del Tribunal Arbitral Du Sport*", THEMIS: Revista de Derecho* (2017).

28 Iñigo de la Maza Gazmuri, "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el estado y no solamente el merca-

sión se refiere a casos en los cuales existe una prestación de servicios y por lo cual el consumidor debe aceptar lo que se le ofrece sin poder negociarlo. Sin embargo, queda clara la similitud entre esta especie de contratos y los contratos en el ámbito deportivo que forzosamente generan la aceptación de una cláusula arbitral.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce los contratos de adhesión en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento. De tal manera, en el artículo 2 de la ley mencionada se define a los contratos de adhesión como "Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido".[29]

A pesar de que en el caso de los contratos o reglamentos de fútbol profesional no son en realidad contratos de adhesión como los definidos previamente puesto que no son contratos de prestación de servicios a un consumidor, se puede ver la semejanza en cuanto al modo de operación de ambos. De tal manera, en el área del fútbol profesional, se ve como existe una parte que, no necesariamente tiene mayor poder económico, sino que tiene la potestad para permitir o no la participación de un jugador, equipo o federación en un torneo profesional. Este poder de decisión de una parte le permite establecer los términos a su satisfacción y la otra parte no tiene realmente una opción, sino únicamente la aceptación de los términos o renunciar al fútbol profesional en caso de negarse a aceptarlos.

De manera general, no existe mayor inconveniente en que una parte pueda establecer sus términos. El verdadero problema surge en cuanto a las cláusulas arbitrales, en las cuales se renuncia a la justicia ordinaria para someterse exclusivamente a la jurisdicción arbitral. Este sometimiento al arbitraje debe nacer, como se mencionó anteriormente, de la autonomía de la voluntad para que así ambas partes den su consentimiento voluntario. Este elemento esencial del arbitraje se ve seriamente comprometido en los casos que se han analizado puesto que el consentimiento que se da es forzado, sin poder rechazar la cláusula arbitral.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece en su artículo 40 que los contratos de adhesión pueden tener cláusulas que sometan a procesos de arbitraje y mediación; sin embargo, estos necesitan una ratificación expresa del consumidor.[30] En este mismo sentido, la Ley, con el fin de proteger a los consumidores, dicta

do?",Revista Chilena de Derecho Privado(2003).

29 Artículo 2, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000, reformado por última vez el 6 de mayo de 2019.

30 Artículo 40, Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 287 de 19 de marzo de 2001, reformado por última vez el 21 de marzo de 2006.

que "son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: [...] 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento".[31] Es así que se demuestra que la obligatoriedad a someterse al arbitraje, al quitar el consentimiento voluntario, genera que se pierda la esencia del arbitraje y, en el caso de Ecuador, genera la nulidad de la cláusula arbitral en su totalidad.

5.3. Cláusulas de arbitraje estatutarias

Existe otra figura legal, adicional a los contratos de adhesión, en la cual podrían caber las cláusulas arbitrales que la FIFA, CONMEBOL u otras organizaciones, utilizan. Esta es la cláusula de arbitraje estatutaria, conocida también como arbitraje estatutario, el cual se refiere a una cláusula arbitral que se encuentra establecida dentro del estatuto de una sociedad y de tal manera, es aplicable a los socios de dicha sociedad.[32]

A pesar de que este tipo de cláusulas arbitrales no se encuentran reguladas en Ecuador, en otros ordenamientos jurídicos como el peruano sí está expresamente reconocido. De tal manera, el Decreto Legislativo que norma el arbitraje dicta en su Disposición Complementaria Sexta lo siguiente:

> Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.[33]

Es evidente entonces que cuando se establece un convenio arbitral en los estatutos de una sociedad, los efectos de este son para los miembros de dicha sociedad, sin importar si ellos fueron parte de la constitución de dicha sociedad o si se unieron posteriormente.

Uno de los problemas que generan estas cláusulas, al igual que las de los organismos de fútbol profesional, es que el consentimiento de las partes se ve afectado por un elemento obligatorio consecuencia del simple hecho de unirse a la sociedad. Frente a esta crítica, María José Carazo Liébana dice que:

31 Artículo 43, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor..

32 Francisco Javier Béjar Pinedo, "La Eficacia Subjetiva del Convenio Arbitral Estatutario en la Sociedad Anónima", *Revista De Derecho Universidad San Sebastián,* (2014), 162-164.

33 Disposición Complementaria Sexta, DL. Nº 1071, Perú, Congreso de la República, 1 de septiembre de 2008

> [...] si los socios fundadores estipularon un convenio arbitral que se articuló en los estatutos, los nuevos socios suceden a los primeros también en esta relación arbitral. La voluntad del nuevo socio, cuando adquiere la acción o participación social, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas de los estatutos. [34]

Por lo expuesto, parecería que las cláusulas arbitrales que los organismos internacionales de fútbol profesional utilizan son cláusulas de arbitraje estatutario. No obstante, existe una gran diferencia al momento en que se perfecciona la voluntad para integrarse a una sociedad como una compañía, la pluralidad de opciones. Esto se refiere a que existe en el mercado más de una compañía a la cual uno podría asociarse; por lo tanto, cada persona puede escoger a qué compañía afiliarse, analizando específicamente las cláusulas que cada estatuto contiene y, por lo tanto, escoger una que contenga un convenio arbitral estatutario o no.

Contrario a las compañías, los organismos de fútbol profesional no permiten elección ni variedad de opciones. Esto se da ya que existe un solo organismo internacional que maneja el fútbol, el cual es la FIFA, uno solo que maneja a nivel regional, que es la CONMEBOL y así sucesivamente. Al no tener este poder de elección entre diferentes organismos, queda solo una elección: aceptar todas las condiciones que los organismos internacionales imponen o no poder competir al nivel profesional.

5.4. Materia no transigible

Como se ha mencionado, los jugadores, equipos y federaciones se ven obligados a rechazar la justicia ordinaria y someterse exclusivamente al foro arbitral para cualquier controversia. No obstante, existen casos en los cuales la normativa local es incompatible con estas cláusulas arbitrales. El caso más claro en Ecuador es en la materia laboral. La Constitución de la Republica reconoce en su artículo 326 que:

> El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: [...]
> 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. [...]
> 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.[35]

En concordancia con lo mencionado, el Código del Trabajo establece en su artículo 565 que la administración de justicia en dicha materia recae únicamente en los Juzgados del Trabajo y Tribunales de Conciliación y Arbitraje.[36]

34 María José Carazo Liébana, *El Arbitraje Societario*, (Madrid: Marcial Pons, 2005), 50.
35 Artículo 326, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 12 de marzo de 2020.
36 Artículo 565, Código del Trabajo, R.O. Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez el 22 de

Dado que ni los tribunales arbitrales de los organismos de fútbol ecuatoriano, ni el Tribunal Arbitral del Deporte, están facultados como autoridad administrativa, ni jueces los competentes, deben ser consideradas nulas las cláusulas arbitrales.

Podría sostenerse que las cláusulas arbitrales generarían la renuncia de derechos laborales, lo cual, al ser inconstitucional, no cabría en Ecuador y, por lo tanto, los tribunales arbitrales como el TAS no tendrían competencia alguna. Es necesario aclarar que en Ecuador la Ley del Futbolista Profesional establece que la relación entre futbolistas y clubes, junto con sus respectivos contratos, son un tema laboral y, además, en el considerando de dicha ley se menciona expresamente "que numerosas sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia han determinado que el contrato que vincula a los futbolistas profesionales con los clubes es laboral".[37]

De la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Arbitral del Deporte, no se encontró ningún proceso arbitral de equipos ecuatorianos por temas laborales, sino únicamente en casos de apelaciones a decisión de organismos como la CONMEBOL. Contrariamente, existen un sinnúmero de procesos laborales de jugadores o técnicos en contra de sus equipos en Ecuador. Algunos casos conocidos son el del jugador Carlos Luis Morales en contra de Barcelona Sporting Club, en el cual se demandó por despido intempestivo y haberes laborales pendientes. Asimismo, existe el caso del técnico Humberto Pizarro, en contra de Club Sport Emelec por despido intempestivo. Estos casos son solo ejemplificativos, no obstante, existen muchos procesos laborales más en contra de equipos de fútbol profesional en Ecuador, los cuales tienen cabida en la vía ordinaria principalmente por el hecho de que la materia laboral no es transigible ante tribunales arbitrales.

5.5. Consentimiento como elemento esencial del arbitraje

Previamente se analizó el consentimiento en el arbitraje deportivo, en lo cual se logra concluir que en el fútbol profesional existe siempre una parte con mayor poder de negociación por lo que este escoge a su arbitrio la inclusión de una cláusula arbitral sin que la otra parte pueda negarse. Esta falta de igualdad entre el poder y autoridad de las partes, generan que el consentimiento de una de las partes sea forzado y no realmente una expresión de su voluntad, más bien solo una consecuencia de su intención de ser parte del fútbol profesional.

Julio César Rivera, en su obra El Orden Público en el Arbitraje, analiza los elementos básicos del arbitraje y resalta que:

junio de 2020.

37 Ley del Futbolista Profesional, R.O. Suplemento 462 de 15 de junio de 1994, reformado por última vez el 14 de mayo de 2001.

> El sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes. […] La libertad de las partes para convenir la resolución de su disputa futura o actual por medio de un arbitraje comprende la de pactar la ley aplicable al fondo del asunto y la de estipular el procedimiento, sea por referencia a una ley nacional (que puede ser distinta de la ley del país sede del Tribunal Arbitral) o por adhesión a un reglamento arbitral.[38]

Al ser el sometimiento voluntario un elemento esencial del arbitraje, es importante el análisis de las consecuencias de un sometimiento forzoso.

En el caso del arbitraje para el fútbol profesional, se ha evidenciado que las grandes organizaciones como la FIFA o la CONMEBOL establecen en sus estatutos y reglamentos la necesidad de someterse al TAS como órgano resolutor de conflictos. Al ser organizaciones con tanto poder, las federaciones de cada país necesitan acatar estas obligaciones para poder formar parte del fútbol de elite a nivel mundial o regional. Estas federaciones a su vez repiten estas cláusulas arbitrales a los equipos y jugadores que participan en sus competiciones, por lo que todas las partes involucradas con el fútbol profesional se someten eventualmente al arbitraje. Ante el arbitraje forzoso, existen dos grandes precedentes a nivel global, el caso Pechstein en Alemania y el caso RFC Seraing en Bélgica.

5.5.1. Caso Pechstein

Este caso trata sobre la patinadora olímpica Claudia Pechstein, quien en el año 2009 fue sancionada por dopaje por la Unión Internacional de Patinaje sobre hielo (UIP), decisión que fue apelada ante el TAS y esta decisión apelada ante el Tribunal Supremo Federal de Suiza, todas ratificando la sanción. Ante la ratificación de la sanción por supuesto dopaje, Pechstein demandó ante la Corte Distrital de Múnich por daños y perjuicios contra la UIP. Esta demanda fue admitida a pesar de que existía una cláusula arbitral que hubiera generado la inadmisión de la demanda.[39]

El Tribunal Regional Superior de Múnich admitió la demanda a pesar de la excepción de la cláusula arbitral, dado que

> […] argumentó que la cláusula arbitral del contrato era nula ya que la UIP había abusado de su posición dominante al obligar al atleta a firmar un contrato con un sistema de arbitraje que está sesgado en contra de los atletas. Con el derecho de

38 Julio César Rivera, "El orden público en el arbitraje*", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (s.f.).

39 Rupprecht Podszun, "The Pechstein Case: International Sports Arbitration versus Competition. How the German Federal Supreme Court Set Standards for Arbitration", Working paper of the Heinrich Heine University Dusseldorf (2018).

> la competencia alegando superioridad a la cláusula arbitral, la parte procesal del TAS fue abusiva y anticompetitiva en detrimento de los deportistas. (traducción no oficial).[40]

Esta decisión fue llevada ante el Tribunal Federal de Justicia, el cual cambió la decisión al considerar que no existía violación al derecho de competencia. No obstante, puso en consideración que el derecho de competencia si debe aplicarse en este tipo de casos, ya que sí existía una posición dominante de la UIP por lo que existe la posibilidad de que haya cláusulas abusivas si no se cumple con ciertos criterios.[41]

El fallo de este caso no fue totalmente destructivo ante el Tribunal Arbitral del Deporte y sus potestades. Sin embargo marcó un precedente en el cual se debe tomar en consideración cómo las asociaciones, federaciones u otros tipos de organizaciones deportivas pueden forzar a terceros a someterse al arbitraje gracias a su posición dominante.

5.5.2. Caso RFC Seraing

Este caso versa sobre el equipo de fútbol *Royal Football Club Seraing* (Seraing), el cual fue sancionado por violaciones a la norma de propiedad de terceros, por sus negocios con la compañía *Doyen Sports Investment Limited* (Doyen), La sanción impuesta por el Comité Disciplinario de la FIFA fue apelada ante el TAS, el cual ratificó la sanción y posteriormente la apelación hecha ante el Tribunal Supremo Federal de Suiza, el cual lo rechazó. A pesar de esto, Seraing y Doyen demandaron ante la Corte de Bruselas a la FIFA, UEFA, FIFPro y la Asociación de Fútbol Belga, alegando que la normativa de propiedad de terceros violaba las normas de la Unión Europea.[42]

Ante la demanda planteada frente a la Corte de Bruselas, los demandados alegaron que no tenían competencia para juzgar el caso, considerando que al existir una cláusula arbitral, toda controversia debía ser juzgada arbitralmente. La corte desestimó el argumento planteado, puesto que consideraba que la cláusula arbitral era demasiado amplia y no definía una relación legal específica, como lo requiere la ley belga. Estas consideraciones generaron que se desestime por completo la competencia del TAS, al no reconocer la validez de la cláusula arbitral en Bélgica.

40 Ibid.
41 Ibid.
42 Charlotte Peiffer, "RFC Seraing &Doyen Soports V, FIFA: Changing the rules of the game in international sports arbitration?", *Working paper N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*(s/f).

5.6. Razones que justifican la existencia del TAS

Existen críticas de los motivos por los cuales sigue existiendo este método obligatorio de arbitraje del TAS, siendo este carente del consentimiento voluntario por las partes. Ante esto es necesario entender que el fútbol profesional a nivel mundial se ve manejado y regulado por la FIFA, una asociación que busca desarrollar el juego y proteger su integridad.[43] Este organismo internacional fue quien, desde su fundación en el año 1904, se encargó de fomentar el fútbol a nivel global, desarrollar sus reglas oficiales y además crear torneos internacionales como la Copa del Mundo.

A través de los más de 100 años de existencia, la FIFA ha conseguido manejar casi un monopolio en el fútbol mundial gracias al manejo de toda clase de torneos internacionales, ingresos por publicidad, licencias de equipos y jugadores y derechos televisivos a nivel mundial. De tal manera, actualmente maneja un presupuesto de 6.560 millones de dólares de los Estados Unidos de América para el ciclo correspondiente al periodo de 2019 al 2022.[44]

Por su poder económico y regulatorio sobre el fútbol profesional, no existe estado alguno que pueda presentar objeciones a su manejo y regulación. Es además importante aclarar que, al ser un organismo de ámbito privado, sus relaciones están sujetas a la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, mientras no se violen normas de ordenamientos jurídicos, los estados no deberían involucrarse o intentar regular las interacciones.

Por otro lado, los equipos, federaciones o jugadores se ven obligados a cumplir sus ordenamientos al ser el único organismo a nivel global que regula el fútbol profesional. Cualquier negativa a acatar sus normas y reglamentos generaría únicamente la exclusión del ámbito profesional. Es así que, una vez más, el poder de los organismos internacionales de fútbol obliga a los participantes a tener que someterse a sus regulaciones para no quedarse atascados en el nivel *amateur* de este deporte. De tal manera, se llega a un punto en el cual las federaciones, equipos y jugadores aceptan prácticamente de manera coercitiva someterse al arbitraje del TAS para resolver conflictos.

6. Conclusión

Una vez finalizado el análisis al procedimiento arbitral en el fútbol profesional ecuatoriano, se puede concluir lo siguiente: el Tribunal Arbitral del Deporte nació con el fin de ser el órgano independiente, imparcial e ideal para tratar

43 FIFA, "La centenaria historia de la FIFA", *Fédération Internationale de Football Association,* 2014, https://es.fifa.com/news/die-geschichte-der-fifa-2480045-2480083.

44 FIFA, "Financial Report 2018", *Fédération Internationale de Football Association*, 2019, https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-financial-report-2018.pdf?cloudid=xzshsoe2ayttyquuxhq0.

los conflictos y controversias que pueden surgir en todos los ámbitos y áreas relacionados con los deportes. Al ser el arbitraje deportivo un ámbito legal relativamente nuevo, aún sufre de algunos problemas. Es así como, con el fin de resaltar la importancia del TAS, se empezaron a establecer cláusulas arbitrales muy amplias y que permitían a grandes organizaciones someter a todos sus integrantes.

Como consecuencia de lo anterior, los organismos internacionales de fútbol profesional, es decir la FIFA y la CONMEBOL, adoptaron las cláusulas arbitrales mencionadas. Estas cláusulas establecen que cualquier miembro deba no solo someterse al TAS, sino que obligatoriamente debe hacer que sus miembros se sometan también. Es decir que para que la Federación Ecuatoriana de Fútbol sea parte de la FIFA y la CONMEBOL y así participar en sus competiciones, debe someterse al TAS y someter a todos sus equipos y jugadores también.

Los equipos de fútbol profesional en Ecuador están sujetos a estas normativas de la FIFA, la CONMEBOL, la FEF y en la actualidad a la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador. Todos estos organismos contienen cláusulas arbitrales y, además, obligan a cada equipo a que estos sometan a sus jugadores y técnicos al arbitraje. Esta cadena de cláusulas arbitrales obligatorias de un organismo a otro, generan que el consentimiento para el sometimiento arbitral se vea afectado al no ser realmente voluntario.

El consentimiento obligatorio para el sometimiento al arbitraje causa entonces una afectación al elemento esencial del arbitraje, el consentimiento voluntario de las partes. Es así como en más de una ocasión, se ve cuestionado ante diferentes tribunales en el mundo para buscar justicia para la parte con menos poder, la cual se ve obligada a recurrir a arbitraje. Esta decadencia de la característica esencial hace que cada vez se vea más cuestionada la autoridad y potestades del TAS.

La estructura mediante la cual se aplican estas cláusulas arbitrales obligatorias se asemeja a los contratos de adhesión o al arbitraje estatutario; sin embargo, no llega a ser ninguna de las dos figuras legales en su totalidad. Los contratos de adhesión son contratos de prestación de servicios al consumidor, donde se establecen todas las cláusulas y únicamente permiten que el consumidor acepte o rechace el contrato en su totalidad, sin negociación alguna. Paralelamente, el arbitraje estatutario se refiere a convenios arbitrales establecidos dentro del estatuto de una sociedad, sin embargo estos permiten la libertad de elección entre diferentes sociedades, mientras los organismos de fútbol no permiten otras opciones para competir a nivel profesional.

Los equipos, jugadores y diferentes tipos de asociaciones que buscan practicar el fútbol profesional, son víctimas de este sistema de poder que les obliga a

aceptar un método de resolución de conflictos que no es realmente arbitraje. Tiene un procedimiento interno que funciona como arbitraje, pero no nace de la voluntad de las partes puramente, cambiando así la esencia del arbitraje y dejando únicamente otros elementos del arbitraje en el proceso de resolución de la controversia.

Por lo expuesto, cabe entender que el menoscabo de la voluntad de las partes genera inseguridad jurídica, puesto que en ciertas jurisdicciones ni siquiera se reconoce la competencia del TAS, o incluso se ha cuestionado la imparcialidad de este. Es así como la vía arbitral en el ámbito deportivo se ve cada vez más afectada y debilitada, generando además que esta sea considerada como la única vía para buscar justicia, dejando de lado la vía ordinaria. Esta exclusión además hace que el procedimiento arbitral sea obligatorio y que no sea un modo de arbitraje puro. Es decir, queda el procedimiento arbitral, con su proceso regulado de manera diferente a como ocurriría en la vía ordinaria, pero pierde su elemento fundamental, el consentimiento voluntario. Así, se deja la resolución de conflictos en manos de un tribunal que no posee la potestad de administrar la justicia que la Constitución dispone y al cual se debe recurrir como instancia final en controversias relacionadas con el fútbol profesional de Ecuador.


@usfqpress